

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

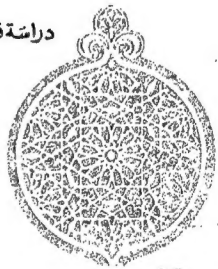
# ضمنان العُدْوَانِ في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسئولية التقصيرية والقانون

مأليف

الدكتور / محمد أحمد سراج

كلية دار العلوم - جامعة القاهرة



الثقافة للنشر والتوزيع  
الطبعة - ت : ٩٠٦٩٦



# ضمان العدوان فى الفقه الإسلامى

الدكتور  
محمد أحمد سراج

بمطبع سبك للنسخ والطباعة

١٨٥ ش ترعة الجبل حدائق القبة







## تقديم

مجال هذه الدراسة هو النظر في موضوع الضمان الناشئ عن التعدي بارتكاب فعل غير مشروع ضار بالغير في مصلحة من المصالح التي تتعلق بيدن هذا الغير أو ماله أو أى حق من حقوقه . الهدف المقصود من هذا النظر هو بيان القواعد والمفاهيم التي اعتمد عليها فقهاء الشريعة في أحكامهم على هذه الأفعال الضارة أو غير المشروعة مع عقد مقارنة بين هذه القواعد والمفاهيم من جهة وبين مقابلها القانوني من جهة أخرى . ولعل في ذلك ما يساعد على التعريف بحقيقة الثروة التشريعية العظيمة التي دونها أسلافنا اعتقادا على المبادئ الخالدة لمصدرى الشريعة : القرآن الكريم والسنة النبوية . لقد أرسى هذان المصدران ومبدأ مسئولة كل إنسان عن فعله ، وأوجبا رفع الضرر بجميع أنواعه ، وحددا وسائل رفع الضرر فاستطاع الفقهاء المسلمون بالبناء على ذلك التوصل إلى قواعد الضمان على نحو لم يتيسر لغيرهم إلا في العصر الحديث بعد الاطلاع على ما جادت به قرائع الفقهاء المسلمين . وللدلالة على سبق الإسلام في هذا المجال تكفى الإشارة . إلى اعتراف الفقه الإسلامى بالصدمة العصبية Nervous shock والتعسف في استعمال الحق Abuse of right والإزعاج Nuisance والإهمال Negligence أسبابا توجب الضمان في حين أن القانون الانجليزي على سبيل المثال لم يصل إلى هذه المفاهيم إلا في العصر الحديث .

والمأمول أن تيسر هذه المقارنة على القانونيين المسلمين تقدير هذه الثروة التشريعية والعمل على تطبيقها والاستمداد منها حتى يقوموا بواجبهم في الاحتكام إلى شرع الله عز وجل وفي قيادة أمتهم إلى تحقيق التغير التشريعي المنشود . ومن حق الباحث في الفقه الإسلامى وواجهه في الوقت نفسه أن يتطلع إلى الفوائد العملية التي يحققها بحثه . ومن الواجب كذلك أن يتعاون كل من طلاب الفقه

الإسلامي وطلاب القانون على حل « المشكلة القانونية والتشريعية »  
التي يواجهها العالم الإسلامي في أيامنا هذه . وتتمثل هذه المشكلة من الوجهة  
الاعتقادية في أن المسلمين يحتكمون إلى قانون يخالف ما توجه عليهم عقيدتهم ،  
ومن الوجهة الحضارية في عجز هذا القانون بمجموده وغرابته عن تأييد تطلعات  
الأمة الإسلامية إلى التقدم . لقد فرض الغرب على الأمة الإسلامية هذه القوانين بخد  
السيف ، لا حيا فينا بل عملا على إضعافنا . وقد آن الأوان للتخلص من هذا  
الذي فرض علينا .

ولا شك في أهمية موضوع الضمان في أى نظام تشريعي ، لا من حيث  
كونه سببا في شغل الذمة بحق للغير فحسب ، بل ولتأثيره في تنظيم السلوك  
في المجتمع وحفظ الحقوق والمصالح الخاصة وإقامة العدالة الاجتماعية . وهذا هو  
الذي يلتفت إليه أبو محمد بن غانم البغدادي<sup>(١)</sup> الذي عاش في القرن الحادى عشر  
المجرى ( السابع عشر الميلادى ) في صدر كتابه مجمع الضمانات في مذهب أبى  
حنيفة الذى يعد أول كتاب ألف في هذا الموضوع في العالم ، حيث يقول :  
( معرفة مسائل الضمانات من أهم المهمات ، إذ أكثر المنازعات فيها تقع  
والخصومات . وخصوصا من تقلد القضاء والإفتاء فهى في حقه فرض  
بلا امتراء ، فإن الخطأ فيها يورث حزنا طويلا .. ثم لا يخفى وجوب معرفتها على  
كل مسلم يخاف على دينه ويخشى مقام ربه ليحترز عما يترتب عليه بسببه حق  
من حقوق العباد ، فإنها إذا وجبت في الذمة لا يبرأ عنها إلا بالإبراء والاستحلال  
وطلب الرضا فيما له وما لها . نسأل الله العصمة عنها وعن والها<sup>(٢)</sup> . ومن هنا  
فإن أهمية موضوع الضمان ترجع إلى كثرة المنازعات والخصومات المتعلقة  
بأحكامه ، ولذا وجبت معرفة القاضى بهذه الأحكام . وترجع هذه الأهمية كذلك  
إلى طبيعة المصالح التى يحميها نظام الضمان ، ولذا يؤدى خطأ القاضى فيها إلى  
حزن المتقاضى . ومن جهة أخرى فإن معرفة أحكام الضمان واجبة على المسلم  
ليبتعد عن السلوك الذى يوجبه ، وليفى بما وجب عليه في ذمته تجاه غيره .

(١) معجم المؤلفين ١١/١١١ . (٢) مجمع الضمانات : ٢ .

وقد زادت أهمية نظام الضمان في العصر الحديث لتزايد أعداد الحوادث والإصابات ، وتعدد الحياة الاجتماعية وكثرة مشاكلها ، وتعدد الأضرار المحتملة الوقوع في هذا السياق العام ، ولذا تكثر القضايا المنظورة أمام المحاكم مما يتعلق بهذا النظام . يدل على ذلك تقرير Pearson الذى صدر عام ١٩٧٧ ، حيث جاء فيه أن عدد من من أصيبوا في بريطانيا في عام واحد يقرب من ثلاثة ملايين ، وأن من تقاضوا منهم تعويضات بفضل نظام الضمان يقرب من مائتي ألف ، بخلاف تلك التعويضات التى تصرف لهم تحت مظلة التأمينات الاجتماعية<sup>(١)</sup> . ويبلغ عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم البريطانية مما يتعلق بضمان التعدي ما يقرب من مائتين وخمسين ألفا ، تحكم المحاكم بالتعويض في أكثر من ٨٥٪ من هذه القضايا<sup>(٢)</sup> . ويقطع ذلك بوجود الاهتمام بهذا الموضوع وفهم مبادئه الشرعية والفقهية والاستمداد من هذه المبادئ في صياغة إطار قانوني يحمى المصالح الخاصة ويرفع الضرر عن المظلومين ويحمل على الظلمة نتيجة ظلمهم ، فإنهم أحق بالحمل عليهم ، كما هى القاعدة الفقهية . ولا شك في أن العالم الإسلامى فى أمس الحاجة إلى نظام شرعى للضمان يبنى على عقائد الناس ويستحث ضمائرهم على العنيل بأحكامه ؛ فإن النظم القانونية السائدة فى العالم الإسلامى منفصلة عن ضمائر الخاضعين لها ، وهى لذلك غير قادرة على التأثير فيهم ، والنتيجة هى ما نشاهده فى التطبيق العملى لأحكام الضمان أو المسؤولية المدنية Civillivility من بطء فى التقاضى وارتفاع تكلفته فى المتقاضين وصعوبة الانتصاف من المعتدين . وبذلك أصبح تأثير نظام الضمان على ضبط الاجتماعى للسلوك محدودا ، بل لا يكاد يحس . وعلى سبيل المقارنة فإن العالم الغربى يسعى إلى زيادة تأثير هذا النظام وفاعليته فى تحقيق الأهداف المرجوة منه عن طريق تشكيل اللجان المتخصصة وإعمال مقرراتها والبحث فى أوجه المشكلات التى يواجهها التطبيق العملى ، ويوجهون لقوانينهم فى هذا الشأن أسئلة جادة . أما نحن ففي غفلة تامة عن دراسة الضمان فى شريعتنا الإسلامية والتعرف على

(١) Tort: Cases and Material, Mathew, Mathew P. 21 (Y) .Dias and other, Tort Law, P. I.

ما يجري في الواقع العمل بصدّد تطبيقاته . والنتيجة فساد في الفهم وفساد في التطبيق ، حتى إن الاتجاه العام في مجتمعنا ينفر من التعويض المادى عن الضرر الذى يحدثه أحدنا لغيره بعدوانه أو خطئه . ومن الشائع في ظل هذا الفهم أن يفر المخطئ بخطئه وألا يؤاخذ بذنبه . وهذا هو الواقع المشاهد .

ويؤاخذ الباحث لهذا الموضوع بصعوبات كثيرة ، من بينها عدم توافر الدراسات الفقهية المتعلقة بمجوانبه فيما عدا كتاب الضمان الذى كتبه المرحوم الشيخ على الخفيف ونشره عام ١٩٧٣ ، وكذلك كتاب الدكتور وهبة الزحيلي في الموضوع نفسه الذى نشره عام ١٣٨٩ - ١٩٧٠ ، وكتاب المسئولية التفسيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامى المقارن الذى كتبه الدكتور سيد أمين لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق بجامعة القاهرة ونشره عام ١٩٦٤م . وإذا كان لهذه المؤلفات فضل الريادة في تناول نظام الضمان في السياقات الحديثة فإنها أغفلت توضيح كثير من جوانب هذا النظام والمفاهيم التى يتألف منها . والمأمول لهذا أن يتكفل البحث الذى أقدمه بتوضيح بعض ما لم يتيسر تقديمه من قبل .

وينبغى أن يكون واضحا من الناحية المنهجية أن الهدف من هذا البحث هو بناء التصور الفقهى الذى قدمه الأسلاف لنظرية الضمان في تفسيرهم للمبادئ الشرعية العامة الحاكمة لهذه النظرية ، وذلك برصد إجابات هؤلاء الأسلاف من مظانها في أبواب الفقه العديدة ، والترجيح بين آرائهم المختلفة على أساس قوة الدليل وتحقيق المصالح الشرعية والاتساق مع القواعد الكلية . وترجع صعوبة استخلاص هذا التصور وإعادة بنائه إلى أن الأحكام الجزئية التى حوتها كتب الفقه لا تكشف بيسر عن القواعد والمفاهيم التى كانت واضحة دون شك في أذهان الفقهاء . وعلى سبيل المثال فإن أبا حنيفة يتوسع في إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه أكثر من غيره من علماء مذهبه ومن سائر علماء المذاهب الأخرى . ويتخذ فقهه لذلك طابعا مميزا في موضوعى الحجر والضمان الناشئ عن تصرف الإنسان في ملكه . غير أن الفتوى في المذهب كانت تختلف من عصر لآخر ومن فقيه لغيره بالاستناد إلى رأى الإمام أحيانا أو بترجيح رأى صاحبه

في أحوال أخرى ، دون إشارة إلى أناس الاختلاف وقاعدته ، مما يؤدي إلى صعوبة فهم جزئيات الأحكام الفقهية وغموضها<sup>(١)</sup> . وهذا الجهد في تحليل أحكام الجزئيات والاختلاف فيها . وربط ذلك بالقواعد العامة يقتضي نوعا من التدخل الذاتي للباحث في التقدير والاستنباط ، وهو ما يدخل في دائرة الصواب والخطأ .

ومن جهة أخرى فإن هذا البحث يهدف إلى ربط التصور الفقهي المستخلص من الجزئيات والقواعد بالتفكير القانوني الحديث ، قصدا إلى تيسير فهم الأحكام الشرعية للضمان على طلاب الدراسات القانونية ورغبة في إذكاء الحوار بينهم وبين طلاب الدراسات الفقهية . ولهذا حاولت إثبات المصطلحات القانونية ومراجعتها كلما كان ذلك ضروريا . والخطورة التي أعد بهذل قصارى جهدي لتجنبها هي إمكانات اختلال التوازن بين طرق المقارنة احتمالات فرض المفاهيم الخاصة بأحدهما على الآخر . وهذا الجهد في الربط والمقارنة بين المفاهيم الفقهية والقانونية مدخل آخر للذاتية في البحث واحتمال الصواب والخطأ .

ومن الناحية الشكلية فقد خُطر لي تخصيص الصلب للدراسة الفقهية وإثبات ما يتعلق بالجانب القانوني في الهوامش ، باعتبار أن هذه الدراسة دراسة فقهية . لكنني استبعدت هذا الاحتمال لما تخوفته من أن يشق ذلك على القارئ ويفسد عليه متابعة الموضوع . وقد فكرت كذلك في علاج الجانب القانوني في مباحث مستقلة تقدم للدراسة الفقهية ، ولكنني استبعدته كذلك ، حيث بدا

---

(١) من الفتاوى المتبعة للذهب الإمام ما جاء في جميع الضمانات من ١٥٢ : ( لو انخذ رجل براه و ملكه أو بالوعة فمهن منها حائط جاره ، وطلب منه جاره تحويله لم يجب عليه ، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن . والشيخ الإمام ظهر الدين كان يفتي بظاهر الرواية ) . ومنه كذلك : ( لو هدم بيت نفسه فانهم بيت جاره .. لا يضمن ) . وفي ص ١٦٢ من المرجع نفسه أنه لو كان رجلا ن يدهقان جلودا في حائوت واحد فأذاب أحدهما شحما في مرجل نحاس ، فصب فيه ماء ليسكن فالتبب الشحم وأصاب السقف فاحرق متاع صاحبه وأمتعة الجيران لم يضمن ) . ومن ذلك أيضا : ( أنه لو أوقد نارا في داره فأحرقت دار جاره لم يضمن لو أوقد نارا بوقد مثلها . وأطلق الجواب لمس الأئمة السرخسي وقال : لا يضمن ) . ومن الواضح أن الخلاف بين الإطلاق والتقييد مرده إلى الخلاف بين أي حيلة وصاحبه في إطلاق حرية تصرف المالك أو تقييد حقه في هذا التصرف بتقييد عدم الإضرار بالغير والمخافة ما يلزم من الاحتياط

لى أنه لا يحقق الفائدة المتوخاة من تعميق الوعى بالمفهوم الفقهى ، فضلا عما  
يؤدى إليه من تطويل غير مناسب . ووجدت لذلك أن الأولى بالاتباع هو تقديم  
الجانب الفقهى مع بيان مقابله القانونى كلما كان ذلك ضروريا للتحليل الفقهى ،  
بحكم أن هذه الدراسة فقهية تعتمد على المقارنة كأسلوب للتحليل والتوضيح .

## قضية المصطلح :

اخترت عنوان هذا البحث ضمان العدوان لدلالته على مضمونه ولاستخدام الفقهاء له ؛ فهنا هو البزدوى يقسم الضمان إلى نوعين ، أولهما : ضمان العقد وثاني ضمان العدوان . وعبارته أن ( ضمان العقد فاسداً كان أو جائز يجب بالتراضى وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين )<sup>(١)</sup> . وفي تبين الحقائق أن ( ضمان العدوان مشروط بالمائلة بالنص والإجماع )<sup>(٢)</sup> . وترجع هذه التسمية إلى التعبير القرآني : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾<sup>(٣)</sup> . وفي هذا كله ما يؤيد اختياري لهذا العنوان في الدلالة على مضمون البحث الذي يشتمل على الأقسام التالية :

- التمهيد في الجوانب التاريخية لتطور النظر في هذا الموضوع في التفكير القانوني .

- القسم الأول : مفهوم الضمان وأركانه .

- القسم الثاني : موجبات الضمان .

- القسم الثالث : الواجب بالضمان وبعض تطبيقاته العملية .

والله أسأل التوفيق في القصد والنفع في العمل إنه سميع مجيب .

د. محمد أحمد سراج

إسلام أباد في ١٧ من ربيع الثاني ١٤٠٩

٢٨ من نوفمبر ١٩٨٨

---

(١) أصول البزدوى ص ٣١ . (٢) تبين الحقائق للزيلي ٢٢٣/٥ . (٣) البقرة : ١٩٤ .

## التمهيد : تتبع تاريخي

### ١ - المسؤولية :

يهدف أى نظام إلى صياغة الأحكام الضرورية لتيسر التعاون بين الناس وتحديد مسؤولياتهم المتنوعة عما يقومون به من أفعال نافعة أو ضارة ، تحقيقاً للمصالح وإبعاداً للمفاسد . ويشكل مفهوم المسؤولية ، أو الأهلية والتكليف فى الاصطلاح الأكثر شيوعاً فى الفقه الإسلامى ، عصب أى نظام تشريعى ، فإن الحكم القانونى مقصوده إنشاء الحقوق أو ترتيب الواجبات ، وهما وجهتا المسؤولية . وتنقسم المسؤولية فى النظم التشريعية بوجه عام إلى مسؤولية يودى الإخلال بها إلى استحقاق العقوبة ، وهى المسؤولية الجنائية ، وإلى مسؤولية أخرى يوجب الإخلال بها مبدأ التعويض وهى المسؤولية المدنية . وتختلف هاتان المسؤوليتان فى أسبابهما كذلك ؛ فإن المسؤولية الجنائية تنشأ من الإخلال بالحقوق العامة للمجتمع ومن تهديده فى تلك الحقوق أو المصالح التى لا يتيسر إقامة الحياة الاجتماعية بدونها . أما المسؤولية المدنية فإنها تنشأ من الإخلال بحقوق الأفراد وتهديد مصالحهم الخاصة . وقد ركزت النظم القانونية المتطورة حالياً فى مراحل نموها على المسؤولية الجنائية واهتمت بوضع العقوبات على الجرائم الخطيرة الأثر فى أداء المجتمع لوظائفه كالقتل Homicide والحرق Footpad والسرقة وغيرها . واتسمت هذه القوانين بأخذ المجرمين بالشدة ، حتى إنها كانت تعاقب على الجرائم اليسيرة بأغلظ العقوبات .

### ٢ - فى القانون الرومانى :

اهتمت النظم القانونية فى مراحل تطورها بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الإصابات ؛ فقد عرف الرومان أول ما عرفوا مصدرين اثنين للمسؤولية

هما الجريمة والعقد . لكن الفصل بين هذين المصدرين لا يدل على الاتجاه للتمييز بين المسؤولين : الجنائية والمدنية . ولذا كان من حق الدائن في القانون الروماني أن يستولى على شخص الجاني أو المدين ويتنقم منه على النحو الذي يشاء<sup>(١)</sup> . ثم أضاف الرومان إلى مصادر المسؤولية مصدرين آخرين هما شبه الجريمة وشبه العقد . ويضم مفهوم شبه الجريمة تلك الأعمال غير المشروعة كإخلال القاضى بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل فيصيب الغير . أما شبه العقد فيشمل الأعمال المشروعة التي تؤدي إلى إحداث النفع للآخرين ، كصرفات الفضولى والإنفاق على مال الغير أو لحق من حقوقه كالإثراء بلا سبب وما إلى ذلك<sup>(٢)</sup> .

٣ - وقد اتسم التفكير في المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني بالخصائص التالية :

أ - عدم الفصل بين هذا النوع من المسؤولية وبين غيره من أنواع المسؤولية الأخرى كالعقدية والجنائية واختلاط مفهوم كل منها بما عداه .

ب - لم يفرض القانون الروماني قاعدة عامة توجب تعويض الأضرار بجميع أنواعها ، وأوجبت النصوص القانونية بدلا من ذلك حق التعويض عن الضرر الناشئ من أعمال معينة حددتها هذه النصوص . وكانت هذه الأعمال في البداية قليلة العدد ، ثم زادت شيئا فشيئا . يدل على ذلك أن هذا القانون كان يشترط في الفعل الضار الموجب للتعويض أن يكون الفعل المنشئ للإتلاف ماديا وأن يقع الإتلاف على شيء مادي كذلك . فلو كان العمل غير مادي ، كما لو أزعج حيوانا بصوته فوقع في النهر ومات لم يضمن ، وكذلك لو أطلق حيوانا من عقاله فهرب لم يضمن . وذلك لأن الفعل غير مادي في المثال الأول والنتيجة أو التلف لم يحدث لعين المال في المثال الثاني . وفيما بعد تخفف القانون من بعض هذه الشروط واستمسك ببعضها الآخر .

(١) انظر : The Decline and the Fall of Roman Empire, Gibbon P.142

(٢) راجع : الوسيط للسبوري : ١٢١/١ وما بعدها .

ج - لم يتم التعويض في المسؤولية التقصيرية على فكرة الخطأ ، بل كان الضرر هو السبب الواضح لقيام هذه المسؤولية<sup>(١)</sup> .

٤ - وينطبق هذا الوضع على حالة التطور التي مرت بها القوانين الغربية المعتمدة على القانون الروماني أو المتأثرة به في أثناء العصور الوسطى . فقد استمرت أبحاث المسؤولية التقصيرية مختلطة بأبحاث المسؤولية الجنائية . ولذا يذهب بعض شراح القانون إلى أن أحكام المسؤولية التقصيرية مستمدة من القانون الجنائي لا من القانون المدني . وفي هذا يقول Batou إن المسؤولية التقصيرية لها صلة وثيقة بالمسؤولية الجنائية ، لأن كثيراً من الأعمال غير المشروعة تشكل جريمة وخطأً تقصيرياً في وقت واحد<sup>(٢)</sup> . ولم تتطور مباحث المسؤولية الجنائية في العصور الوسطى عما كانت عليه في القانون الروماني ، فارتبطت المسؤولية بالضرر دون تفريق بين القصد الجنائي أو مجرد الخطأ والإهمال . ولذا كان الشخص معرضاً للمسؤولية الجنائية عن عيده وعن خطئه على السواء ، كما كان الصبي يعاقب كالماتل البالغ<sup>(٣)</sup> . وكذلك لم تعترف القوانين الغربية أثناء العصور الوسطى بنفى المسؤولية للدفاع عن النفس Right of Self Defence . ولم يكن الحادث القهري الذي لا يمكن التحرز عنه سبباً لدفع المسؤولية كذلك . يقول هولدر ورث عن هذه الفترة : إن الدفاع عن النفس والحادث القهري لم يعتبر في نظر القانون العرفي مسيئين لنفي المسؤولية<sup>(٤)</sup> .

وفي هذا الطور اعترف القانون العرفي بصور من المسؤولية لا تلام المنطق ولا الأخلاق ، فقد كانت الجمادات والحيوانات محلاً للمسؤولية ، كما كان الشخص يؤخذ بجريمة غيره إذا ارتكبت الجريمة بسلاحه<sup>(٥)</sup> . وكذلك لم تعبر التشريعات الغربية في العصور الوسطى الإكراه من بين الأسباب المخففة للعقوبة أو المسؤولية<sup>(٦)</sup> . وفي مقابل ذلك أضفى القانون حمايته على بعض

(١) السابق : ١٢٢/١ .

(٢) انظر : A text book of Jurisprudence, G.W Paton P. 317 .

(٣) Potter's Historical Introduction to English law P. 357 .

(٤) A History of English Law by Holdsworth vol. II P. 51 .

(٥) An Introduction to the Philosophy of Law by Rosco Pound P. 80 .

(٦) A History of English Law by Holdsworth vol. III P. 371 .

الأشخاص ونفى عنهم المسؤولية الجنائية عن أفعالهم ، وأعطاهم الحق في حماية من يلجأون إليهم من المجرمين<sup>(١)</sup> . ولا عجب لذلك أن تحف قبضة القانون وسيطرته في المجتمع البريطاني في هذه الأثناء . ولنا يذكر هارولد لاسكي Harold Lasky ( أن القانون بسلطانه وسيطرته في بريطانيا قد أخذ يحمي الحقوق والحريات منذ مائتي عام فقط<sup>(٢)</sup> ) ..

٥ - وغنى عن البيان أن الجزيرة العربية لم تشهد قبل ظهور الإسلام فكرا قانونيا على قدر من التطور ، إذ لم تكن هناك دولة تحمى حقوق الأفراد ، فلم يكن أمامهم لذلك سوى الاعتماد على أنفسهم لتلحق حقوقهم ، فأصبحت القوة هي الحق ، وشاع الظلم والتعدي ، فمن لا يظلم الناس يظلم طبقا لما شاع عندهم . وشجعت القبيلة التي كانت نواة المجتمع أفرادها على المبالغة في الثأر والانتقام ممن اعتدوا عليهم ، دون ضابط إلا إرضاء نفس المجنى عليه . ومن غير المتوقع في ظل هذه الظروف أن يبدأ التفكير في حدود المسؤولية وأنواعها . وفي هذه الظروف نزل القرآن الكريم على محمد ﷺ ، وقامت دولة الإسلام التي وجهت الداخلين في الدين الجديد إلى الالتزام بأوامر الله سبحانه وتعالى واجتناب نواهيه ، وذلك بقوله تعالى : ﴿ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ ، فانتفى بذلك النظام القبلي وحلت محله سلطة عامة تفرض أحكام الشريعة على الجميع وتحمي حقوقهم لا فرق بين غنى وفقير ولا بين قوى وضعيف .

٦ - وتلور الأحكام الشرعية في جملتها على حماية المصالح العامة للخلق في دينهم ودمائهم وأعراضهم وعقولهم وأموالهم ، وأوجب على الجميع احترام هذه الحقوق والعمل على حفظها . وفي ذلك بين القرآن أن من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا وأن من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ، وأوجب العدل في المعاملة والإحسان إلى ذوى القربى والجيران وعموم المسلمين كذلك نهي عن أكل أموال الناس بالباطل ، وأوجب القصاص من الظالم والحمل على المعتدى رفعا للضرر الناشئ عن فعله بقوله تعالى :

(١) An Introdyction to the English Legal History J.H. Baker P. 422

(٢) Parliamentary Government in England, H. lasky P. 366

﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ ويقول: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾. كما أرسى مبدأ مسؤولية الإنسان عن فعله هو لا عن فعل غيره، فكل نفس بما كسبت رهينة، ولكل إنسان ما كسب وعليه ما اكتسب، ولا تزر وازرة وزر أخرى إلى غير ذلك من المبادئ التي لم تعرفها القوانين الغربية إلا في العصر الحديث.

وجاءت السنة بما يؤكد هذه المعاني فأوضحت أن المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله، وأرست القاعدة العامة التي توجب رفع الضرر مطلقا، وذلك في قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، كما أجملت خطبة الوداع الأسس العامة لأية حياة اجتماعية راقية، وأوجب ﷺ الضمان في التعدي على الأموال والممتلكات، بقوله على اليد ما أخذت حتى ترد.

٧- وعلى ضوء هذه المبادئ القويمة صاغ الفقهاء المسلمون قواعد المسؤولية وفرقوا بين أنواعها، فميزوا بين خطاب التكليف الجنائي الذي يرتب العقوبة على مخالفة أوامر الشارع وأحكامه وبين التكليف بالضمان. وفي ذلك يورد القرافي في الفروق وعز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام الفروق الفاصلة بين الزواجر أو العقوبات وبين الجواهر أو الضمانات على نحو يدعو إلى التساؤل عن حقيقة مصدر التشريعات الغربية في تفريقها بين كل من المسؤولية الجنائية والمدنية، وبين المسؤولية التقصيرية والعقدية، حيث لا يمكن تفسير التطابق في التفريق بين أنواع المسؤولية إلا بافتراض تأثير التشريع الإسلامي في هذه القوانين الغربية. ومع ذلك يعتقد الدكتور عبد الرازق السنهوري بأن الفقه الفرنسي القديم هو صاحب السبق في إقامة التفريق بين أنواع المسؤولية (عن طريق تفسير القانون الروماني تفسيراً خاطئاً)، وإن كان يستشعر كثيرا من الغرابة في ذلك، بناء على أن القانون الروماني (لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح)<sup>(١)</sup>. وقد كانت النتيجة المنطقية للإحساس بالغرابة في أخذ القانون الفرنسي التمييز بين أنواع المسؤولية من قانون لم يكشف هذا التمييز في أبعد مدى من

تطوره أن يولى الدكتور السنهوري وجهه إلى التشريع الذى عرف هذا التمييز ، وهو التشريع الإسلامى ، وأن يفكر فى أن هذا التشريع هو الذى يسر للقانون الفرنسى هذا التمييز ، خاصة وأن الصلة التاريخية بين الفقه الإسلامى والقانون الفرنسى مما لا سبيل إلى إنكارها .

٨ - وهذا هو الذى يؤيده المرحوم سيد عبد الله حسين فى رده على الدكتور السنهوري بقوله : ( ليس الأخذ من مذهب مالك وليد سنة ١٨٠٥ .. بل منذ سنة ٢٠٠ من الهجرة ، يوم كان يحكم به فى أوربا ، وكان الأندلس منار العلم ، وكانت أوربا فى جهالة عمياء ، يبعون الإقطاعية بما عليها .. فدخل الإسلام أوربا وحكم أهلها وأسس فيها قواعد العادلة ، ووفد على الأندلس جميع سكان أوربا يغتفون من النور والعلم )<sup>(١)</sup> . ورأى هذا الباحث الذى يعرضه فى كتابه المقارنات التشريعية . ( أن القانون المدنى الفرنسى ، وهو أصل القوانين التشريعية الوضعية ، مأخوذ من مذهب الإمام مالك بن أنس )<sup>(٢)</sup> .

وبفضل هذا التأثير استطاع دوما Domat الذى يعد أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم ، من الوصول إلى صياغة قاعدة المسؤولية التقصيرية العامة التى يرجع إليها ما عداها ، وذلك بقوله : ( كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عزم التبصر أو الحفة أو الجهل بما ينبغى معرفته ، أو أى خطأ مماثل مهما كان هذا الخطأ بسيطاً ، يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطؤه سبباً فى وقوعها )<sup>(٣)</sup> . وبهذا أصبح الجزاء فى المسؤولية التقصيرية هو جبر الضرر أو التعويض الذى يتميز عما توجهه المسؤولية الجنائية وهو الزجر أو العقوبة ، كما أصبح سبب المسؤولية التقصيرية هو الخطأ . ومع ذلك فإن قانون أكيلىا الذى صدر نتيجة هذه الجهود لم يأخذ بعموم المسؤولية التقصيرية عن جميع الأخطاء المنشئة للضرر ، وإنما أورد عدداً من الأخطاء الموجبة

(١) المقارنات التشريعية للمرحوم سيد عبد الله حسين : ١٨/١ .

(٢) السابق : ٢٨/١ . (٣) الوسيط : ٧٦٤/١ .

للتعويض على سبيل الحضر<sup>(٤)</sup> قفى الفصلين الأول والثاني أحكام الأخطاء المتعلقة بإتلاف حيوان الغير أو عبده إتلافا كلياً ، على حين يتعلق الفصل الثالث بإتلاف الأشياء المادية الأخرى أو بجرح حيوان الغير أو عبده<sup>(٥)</sup> .

٩- أما التقنين الفرنسى الجديد الصادر عام ١٨٠٤ فقد تميزت فيه المسؤولية التقصيرية عن الجنائية تماماً ، وقامت على أساس الخطأ مطلقاً دون حصر ، وفى ذلك تنص المادة ١٣٨٢ من هذا القانون على أن ( كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه ) . كما نصت المادة ١٣٨٣ منه على أن ( كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله ، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره )<sup>(٦)</sup> . ويعنى ذلك النص أن التعدى المباشر وغير المباشر يوجب ضمان الضرر الناشئ عن هذا التعدى ، سواء كان هذا التعدى مقصوداً أو وقع بإهمال وعدم تبصر . وتنص المواد ١٣٨٤-١٣٨٦ على المسؤولية عن الأبناء والتلاميذ وصبيان الحرفة والحيوانات والأشياء وغيرها من تطبيقات لفكرة الخطأ فى نسق لا يعد كثيراً عن النسق الذى سار عليه الفقهاء المسلمون الذين نصوا على أن صور الخطأ والتسبب الموجب للضمان كثيرة لا تدخل تحت الحضر<sup>(٧)</sup> . وإذا كان القانون الفرنسى الجديد لم يشترط الخطأ الثابت فى كل صور المسؤولية التقصيرية وأقام هذه المسؤولية أحياناً على مفهوم الخطأ المفترض فإن هذا لم يكن بالأمر الجديد على الفقه الإسلامى ، كما سنعرّف عند مناقشة الآراء الفقهية فى مسألة تضمين الصناع والأجراء المشتركين .

١٠- القانون العرفى الإنجليزى : وقد تعرض القانون العرفى الإنجليزى لهذه التأثيرات كذلك فيما يتعلق بموضوع المسؤولية التقصيرية أو ضمان التعديتات Torts إن أردنا ترجمة أقرب إلى اصطلاح هذا القانون ، فقد اختلطت فيه قواعد المسؤولية

(١) الوسيط : ٧٦٣/١ .

(٢) الوسيط : ٧٦٥/١ .

(٣) انظر على سبيل المثال : الفروق للقرائى : ٢٠٧/٢ .

الجنائية بغيرها بحكم أن هذا القانون لم يخضع في تطوره للبحث الفلسفى أو وضع النظريات وتعديلها بمرور الزمان بقدر ما تحكمت فيه الاعتبارات العملية ، والاستجابة المستمرة لحاجات المجتمع . ولذا فإن المصطلح الدال على المسؤولية التقصيرية في هذا القانون Torts لم يبرز بشكل واضح إلا في القرن التاسع عشر . وقد نشر أول كتاب بهذا العنوان عام ١٨٥٩ في أمريكا لمؤلف أمريكي اسمه Hillard وفي إنجلترا نشر Addison أول كتاب بهذا العنوان عام ١٨٦٠ . غير أن هذه الكلمة لم تشع في الاستعمال إلا بعد ذلك . وقد دق معناها على أحد القضاة البريطانيين عام ١٨٧٠ حين استخدمها مع كلمة عقد Contract-tort في محل كلمة واجب بمعنى Contract duty<sup>(١)</sup> ، مما يدل على الغموض المتعلق بمفهوم هذا المصطلح حتى ذلك الوقت .

ومع ذلك فقد أخذ القانون العرفى منذ العصور الوسطى بنظام للجزاءات يقوم على مراعاة الضرر وإعمال النظر إلى الأخطاء أو الأفعال التي أحدثت هذا الضرر ، ولم يحل الخطأ محل الضرر كسبب للمسؤولية التقصيرية إلا في القرن التاسع عشر .

١١ - ارتبط نظام الجزاءات الذى أخذ به هذا القانون من الناحية الشكلية بأنماط الدعاوى والأوامر القضائية Writs المخرومة بخاتم الملك في المحاكم الملكية Royal Courts أو الصادرة من المحاكم الإقليمية . ولم يكن يحق للمدعى رفع دعوى بالتعويض إلا إذا أمكن إدراج دعواه ضمن نمط أو آخر من هذه الأنماط ، وإلا فلن يكون من حقه رفع دعواه إلى المحكمة . وقد وجدت ثلاثة أنماط من هذه الأوامر القضائية ، يتعلق أولها بدعاوى التعدى المباشر Trespass ، ويتعلق الثانى بدعاوى التعدى غير المباشر Case ويتعلق الثالث منها بدعاوى التعدى على الأموال المنقولة . وكان على المدعى أن يعرف نوع الأمر القضائى الملزم لدعواه بدقة وإلا وجب عليه أن يبدأ الدعوى من جديد إذا اكتشفت المحكمة أن حقائق دعواه

(١) انظر : Glanville Williams and Hepple, Foundations of the Law of Torts, 2nd edition, Butterworths, P.1

لا تناسب الأمر القضائي الذي أعطته له . وقد ألغى هذا التصنيف لأنواع الدعاوى في القرن التاسع عشر بموجب قانون الإجراءات Cosson law procedure الصادر عام ١٨٥٢ والذي حل محله قانون التقاضي Judicature Act الذي صدر بدوره عام ١٨٧٣ والذي وضع موضع التطبيق عام ١٨٧٥<sup>(١)</sup> . وأصبح للأوامر القضائية منذ ذلك التاريخ شكل موحد يصلح لجميع القضايا<sup>(٢)</sup> . ولما لم يوصف موجز لكل من أسباب الدعاوى السابقة .

#### ١١ - دعوى التعدي المباشر ( Trespass ) :

لعل هذا النوع من التعدي هو أقدم الأسباب الموجبة للضمان في القانون العرفي الإنجليزى ، بحيث ظهر في عهد الملك John في القرن الثالث عشر الميلادي . وقد اجتمع في هذه الدعوى الخطأ المدني والجنائي معا . وتألفت الأحكام فيها لذلك من التعويض والفرامة الواجبة على المدعى عليه لحراسة التاج<sup>(٣)</sup> .

وتفيد كلمة Trespass في مفهومها العام الدخول إلى أرض الغير بغبر حق ، ولكنها تبدل في الاصطلاح القانوني على كل من الدخول إلى أرض الغير أو أخذ أمواله المنقولة وغصبها أو التعدي على هذا الغير . ويشمل التعدي المباشر إذا كان محله هو الإنسان كلا من الإكراه البدني Assault والإيذاء Battery والخيس غير المشروع False imprisonment . أما إذا كانت المنقولات هي موضوع هذا التعدي فقد يطلق عليه Trespass de bonis aspor tatis إذا اشتمل على نقل المال من حيازة صاحبه . أما التعدي على الأرض فقد كان يطلق عليه Treapass quare clausum fregit نظرا لأنها كانت تطلق في البداية على اجتياز الأراضي المسورة ، ثم أصبحت تطلق على دخول الأراضي المسورة والمفتوحة على السواء . ويدخل استخدام القوة

(١) السابق من ٣٢ .. (٢) السابق من ٢٨ . (٣) السابق من ٤٣ .

في مفهوم هذا النوع من التعدي . ولعل ذلك كان من قبيل الحقيقة في البداية ثم أصبح أمرا يفترضه القانون .

١٣- ولا ينشأ هذا النوع من التعدي إلا إذا توافرت شروط ثلاثة .  
أولها : وجود فعل ، وبذا يخرج الترك . ثانيها : أن يكون المدعي مختارا في هذا الفعل ، فلو جرى به حصان فسقط على آخر لم ينشأ التعدي المباشر . ثالثها : أن يكون الضرر مباشرا لا بمعنى عدم التراخي عن الفعل بل بمعنى عدم توسط عامل آخر بين فعل المدعي عليه والضرر الذي أصاب المدعي<sup>(١)</sup> . وهذا التعدي بضبطه على هذا النحو يكاد يرادف مفهوم التعدي بالمباشرة في الفقه الإسلامي كما يلاحظ أحد أساتذة القانون المدني من الإخوة السوانين<sup>(٢)</sup> .

وإنما كان يشترط اللجوء إلى العنف لقيام هذا النوع من التعدي لأعتبارات خاصة بتنظيم المحاكم وترتيب اختصاصاتها . ذلك أن دعاوى الجراءات والتعويضات كانت تنظر في المحاكم الإقليمية County courts أو في المحاكم الملكية Royal Courts التي عمت البلاد في أواخر العصور الوسطى وحلت محل المحاكم الإقليمية بعد أخذها في الضعف في هذه الأثناء . ولم تكن المحاكم الملكية تقبل النظر في التعديات اليسيرة الأهمية ، وإنما تخصصت في النظر في القضايا التي تهدد السلام الاجتماعي وتعكر صفو الهدوء العام أو التي تهدد المصالح الملكية Royal interest . وبذلك كان مفهوم التعدي المباشر Trespass عاما ومطلقا . وكان السؤال الذي توجه به المحاكم الملكية في بداية نظر القضية سؤالا إجرائيا يتعلق بدخول موضوع الدعوى في اختصاصها المحدد لها أو عدم دخوله ولذلك كانت تفترض لجوء المدعي عليه للعنف والقوة المادية لتدخل القضية المنظورة في اختصاصاتها أو في مجال ولايتها ، باعتبار أنها بذلك تعد من القضايا التي تهدد السلام الاجتماعي العام .

(١) السابق ص ٤٤ .

(٢) أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامية السوفياتي ، الكتاب الأول ، للدكتور محمد شتا أبو سعد ( ط ١٩٨٤ ) ص ٥٣ وما بعدها .

#### ١٤ - التعدى غير المباشر Case :

أما التعديات الأخرى غير المباشرة Cases التى لا يفترض فيها العنف أو القوة البدنية فقد كانت تدخل فى مجال ولاية هذه المحاكم إذا وجدت أساساً قوية لتدخلها ، كما إذا تعلقت القضية المعروضة بسلامة جسور الأنهار والترع وصلاحياتها للاستعمال . وكذلك كانت هذه المحاكم تقبل النظر فى القضايا المتعلقة بامتيازات إقامة الأسواق Franchise of markets الممنوحة لبعض الأشخاص وجميع أنواع التعديات على هذه الامتيازات ، كمنع العملاء من دخول الأسواق أو البيع خارجها . وقد تضمنت لغة الأوامر القضائية Writs التفريق بين التعديات المباشرة Trespasses وبين التعديات غير المباشرة Trespass on the case أو التعديات الخاصة Special trespasses .

وقد شملت هذه التعديات الخاصة أو غير المباشرة فيما بعد أنواعاً عديدة من التعديات كالتشهير والغش والإهمال والإزعاج وتسرب الأشياء الخطيرة والدعاوى الكيدية . وهى بهذا تشمل جميع أنواع الأفعال غير المشروعة باستثناء التعدى المباشر المتمد على العنف Trespass vi et armis والغصب Conversion أو Detinue وبذلك فإن ما أطلق عليه التعدياى الخاصة Cases أو Special trespasses يمثل الأصل لأهم أنواع الأعمال غير المشروعة الموجبة للمسئولية فى القانون. لإنجليزى الحديث . وعلى سبيل المقارنة فإن هذه التعديات الخاصة Cases تقترب من مفهوم التعدى بالتسبب فى الفقه الإسلامى ، فإنه يشمل أنواعاً من التعديات الخاصة التى لا تدخل تحت الحصر بتعبير القرأى<sup>(١)</sup> ، والتى تتميز عن التعدى المباشر وعن الغصب فى هذا الفقه كذلك .

١٤ - وللتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها فى القانون العرفى الإنجليزى فإن الحبس غير المشروع False imprisonment الذى يقيد فيه المدعى عليه حرية المدعى ويحول بينه وبين حرية الحركة يعد من قبيل التعديات المباشرة . أما البدعى الكيدية Malicious prosecution التى لا مبرر لها فإنما تعوق حرية المدعى

(١) الفروق للقرأى : ٢٠٦/٢ وما بعدها ، ٢٧/٤ وما بعدها .

أثناء محاكمته وفي انتظاره لها ، ولكنها من قبيل التعدى غير المباشر ، لأن المدعى عليه قد أوقع هذا الضرر بتسليط القضاء وبواسطة ، كما أن تقييد حرية المتضرر لا تعد نتيجة مباشرة للفعل غير المشروع وهو الدعوى الكيدية . أما إذا كان الضرر نتيجة مباشرة للتعدى ، كما لو أوقع رجل شرطيا باعتقال آخر وجسه بغير حق ، فإن هذا الرجل يعتبر متعديا بالمباشرة لا بالتسبب ، وكذلك لو أمره بالوقوف مكانه وهدده على نحو ضمنى فإن ذلك يعد من قبيل التعدى المباشر أيضا .

والمثال التوضيحي الذى درج على ذكره عدد من المؤلفات المشهورة فى ضمان التعديات Torts للتفريق بين التعديات المباشرة وغيرها هو أننى لو ألقىت جسما صلباً من النافذة فأصاب أحد المارة فى الطريق العام كان ذلك من قبيل التعدى المباشر أما إذا ألقىت هذا الجسم نفسه فى الطريق العام فشغله واصطدم به إنسان أثناء سيره ليلا فإن هذا الفعل من قبيل التعدى غير المباشر Case . وكذلك لو لعب أحد بالكرة فدخلت دار الغير ، أو كرم ترابا على الحدود الفاصلة بين ملكه وملك غيره فانها ل ذلك التراب فى ملك الغير كان متعديا بالمباشرة . أما لو بنى أحد دارا يستقف مائل تنزل عنه مياه المطر والثلوج إلى أرض الجار أو داره فإن ذلك يعد من قبيل التعدى غير المباشر . ومع ذلك فإن الحدود الفاصلة بين هذين النوعين من التعديات غير واضحة ، مما أدى إلى صدور هذا الحكم العام ( ١٨٣٣ ) القاضى بأن التعدى المباشر يحتلط أحيانا بالإهمال . ويحدد صمويل وارن Samuel Warren فى كتابه الذى صدرت طبعته الثانية عام ١٨٤٥ بعنوان Introduction to law أنواع الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية بقوله : ( إذا كان التعدى على سبيل العمد منشأ للضرر على نحو مباشر فلا يصح رفع دعوى أخرى غير دعوى التعدى المباشر ، وإذا كان الضرر غير مباشر أو وقع من التابع فالسبيل هو رفع دعوى التعدى غير المباشر ، وأما إذا لم يكن الفعل مقصودا فإن من حق المدعى رفع دعوى بالتعدى المباشر أو رفع دعوى بالتعدى غير المباشر )<sup>(١)</sup> .

١٥ - وقد اتجه القانون الإنجليزى حتى أواخر العصور الوسطى إلى ربط المسؤولية بالضرر فى التعدى المباشر . وكان الاعتقاد لدى القضاة فيما تكشف عنه أحكامهم أن التعدى المباشر ينشئ المسؤولية المطلقة *Strict liability* ، ولذا لم يكن من مهمهم الكشف عن عنصر الخطأ فى التعدى . وفى هذا الصدد لم يكن الحادث الذى لا يمكن التحرز عنه *Inevitable accident* سببا كافيا لدفع الضمان وفى قضية *Ryland v. Fletcher* التى يرجع الحكم فيها إلى عام ١٨٦٦ ، والتى تعد من أهم القضايا الرائدة فى تطور المسؤولية التقصيرية فى القانون العرفى الإنجليزى لم يلتفت القضاة فى حكمهم إلى خطأ المدعى عليه بقدر ما التفتوا إلى مسؤوليته عن الضرر الذى لحق بالمدعى . وهو ما أكدته أحد القضاة فى حيثيات حكمه فى هذه القضية حينما أشار إلى أن التعدى المباشر يوجب المسؤولية المطلقة *Absolute liability* <sup>(١)</sup> . وقد استقر الأمر فيما بعد على الإعفاء من المسؤولية إذا لم يقع الخطأ من جانب المدعى عليه أو كان الضرر الذى نشأ من فعله أمرا لا يمكنه التحرز عنه ، ففى قضية *Stanly v. Powell* ( ١٨٩١ ) أطلق المدعى عليه عيارا ناريا ، فجاء الطلق فى جذع شجرة وارتد منه إلى جسم المدعى فأصابه . وقد جاء الحكم فى هذه القضية ببراءة المدعى عليه من المسؤولية حيث لم يكن فى وسعه التحرز من إصابة المدعى ، وهو ليس عتفلا لذلك <sup>(٢)</sup> . وبذلك انتقل القانون من اعتبار الإنسان مسئولاً عن جميع تصرفاته الضارة بالغير إلى اعتباره مسئولا عن هذه التصرفات الضارة إذا كانت هذه التصرفات خاطئة . وقد استقرت إقامة المسؤولية على الخطأ فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر فى أمريكا بفضل الحكم الذى أصدره *Shaw* فى قضية *Brown v. Kendall* ، حيث رأى أن ( على المدعى أن يثبت سوء قصد المدعى عليه أو خطؤه فى فعله المنشئ للضرر ، لأنه لن يكون مسئولا عن الأضرار التى لا يمكن توقعها ) <sup>(٣)</sup> وأصبحت قاعدة ( نفى المسؤولية بانتفاء الخطأ ) قاعدة أساسية فى قانون المسؤولية التقصيرية فى إنجلترا وأمريكا

(١) Foundation of the law of torts, P. 51 and street on torts P. 259

(٢) Foundations of the law of torts P. 52 and street on torts P. 16

(٣) القانون فى أمريكا لبرنارد شافرنز، ترجمة ياقوت المشاوى ، نشر دار المعارف ص ٩٠ .

منذ ذلك الحين ، وأصبح من المسلم به في الأحكام القضائية الصادرة بعد ذلك ( أن الضرر الناجم عن حادث ولا يمكن توقيه أو الناجم عن فعل لا يمكن التحرز منه باتباع الحرص والتبصر العاديين لا يصلح أساسا للمسؤولية <sup>(١)</sup> . وعلى سبيل المقارنة فإن قاعدة ( ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه ) من القواعد الثابتة في الفقه الإسلامي منذ بداية تطوره .

١٦ - الإهمال : ومن جهة أخرى فإن القانون العرفي لم يعتبر الإهمال أو التقصير سببا لإيجاب الضمان إلا في نهايات العصور الوسطى ، ففي عصر الملكة إليزابيث Elizabeth ( ١٥٥٨ - ١٦٠٣ ) كان القاضي يرد الدعاوى القائمة على الإهمال وحده باعتبار أنه لا يصلح سببا لإيجاب المسؤولية اللهم إلا إذا اقترن الإهمال بعقد أو اتفاق يوجب المسؤولية بحكم القانون ، كالمودع إذا تعهد بحفظ الوديعة وردّها إلى صاحبها بحالها الذي أخذها به وأهمّل في حفظها . فإنه يضمن باعتبار ما أوجبه القانون عليه لا بالنظر إلى إهماله . وتعد مسؤوليته في ذلك من قبيل المسؤولية المطلقة Strict liability . ومن ذلك مسؤولية أصحاب الفنادق عن أمتعة نزلائهم ، ومسؤولية الحمالين والأطباء والأجراء وغيرهم . وهكذا لم يفرض القانون العرفي على الناس التبصر والتحوط في سلوكهم إلا على هؤلاء الذين التزموا به ضمن عقد أو اتفاق <sup>(٢)</sup> . غير أن هذا القانون قد لجأ إلى التوسع في مفهوم مباشرة التعدي المقترن باللجوء إلى القوة ، بحيث يفترض استعمال القوة Alleged force في حوادث الخطأ . فمن يرمي سهما - على سبيل المثال - ويصيب شخصا تصادف مروره يطالب بالتعويض على أساس حدوث الضرر للغير لا على أساس الخطأ والإهمال . وقد بدأت المحاكم في الاعتراف بالإهمال في الربع الأخير من القرن السابع عشر واعتبرته سببا مستقلا لإيجاب المسؤولية ، ففي قضية Mitchell v. Abtree التي صدر الحكم فيها عام ١٦٧٦ أطلق المدعى عليه وخادمه. عددا من الخيول في مكان مزدحم بالناس فأصيب المدعى

(١) السابق .

(٢) Richard Posner, Tort law.. Cases and economic analysis, P. 199

بمجرّاح نتيجة لذلك . وقد قضت المحكمة بالتعويض رغم عدم وجود تعهد سابق يمنع من هذا الإهمال<sup>(١)</sup> . ويبدو أن القضاة كانوا على وعى بأن الخطأ الموجب للمسؤولية هو إطلاق الجياد في مكان عام . غير أن هذا المفهوم لم يتبلور بصفة نهائية إلا في القرن التاسع عشر بعد اتساع حركة النقل وزيادة الحوادث وانتشار النهضة الصناعية . وقد أنشأت زيادة عدد الحوادث الكثير من الصعوبات الفنية المتعلقة بافتراض اللجوء إلى القوة المادية أو العنف عند النظر في إصابات الخطأ غير المباشرة . وجاء الحل عام ١٨٣٣ في اقتراح Tindal القاضي بإعطاء المدعى الحق في عدم الإشارة إلى القوة العضلية في التعدي عليه . ومهد ذلك الطريق لظهور مفهوم الإهمال والتقصير بوضوح<sup>(٢)</sup> .

١٧ - ومن المنطقي ألا يظهر مفهوم الإهمال المشترك Contributory negligence إلا بعد استقرار مفهوم الإهمال . وفي البداية كان هذا المفهوم سببا كافيا لدفع الضمان أو المسؤولية . ثم تطور الأمر إلى اعتبارة في هذا القرن سببا لتخفيف المسؤولية وتوزيع الضرر على المدعى والمدعى عليه بالنظر إلى مدى إسهام كل منهما بفعله في إحداث الضرر<sup>(٣)</sup> . وعلى سبيل المقارنة فقد عرف الفقه الإسلامي منذ عصر الصحابة مفهوم الإهمال المشترك وتوزيع الضرر على الأطراف التي أحدثته ، وذلك هو ما يسجله الماوردي وغيره في قضية القارصة والقامصة والواقصة . وفي هذه القضية اجتمعت ثلاث بنات للعب معا ، فركبت واحدة منهن . ظهر الأخرى فقرصت الثالثة الفتاة المركوبة فقمصت ووقعت الراكبة نتيجة لذلك فدنق عنقها وماتت ، وقضى على بن أئى طالب رضى الله عنه بتثليث الدية على خواقل البنات الثلاث .

١٨ - السببية وتوقع الضرر : وقد أضفت هذه التصورات نوعا من الوضوح على مفهوم السببية ، ففي سنة ١٧٧٣ قضت محكمة الإنجليزية بأن ( كل من ارتكب فعلا غير مشروع يعد فاعلا لكل ما ينجم عنه من

(١) السابق : ٢٠٠ .

(٢) السابق : ٢٠٢ .

(٣) Foundations of the law of tort, P. 142 .

نتائج ) . وتتفق هذه القاعدة مع مفهوم القاعدة الفقهية : ( إيقاع السبب بمنزلة إيقاع السبب ، قصد ذلك التسبب أولاً . لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجارى العادات عند كونه فاعل له مباشرة <sup>(١)</sup> ) . وقد صاغ جرينليف Greenleaf هذه القاعدة نفسها للقانون الأمريكى عام ١٨٤٦ ، فنص على أن الأضرار يجب أن تكون النتيجة الطبيعية والمباشرة للفعل الخاطئ <sup>(٢)</sup> ) . حتى تستند المسؤولية لصاحب هذا الفعل . وقد انتفت مسؤولية الفاعل عن الأضرار غير المباشرة في القرن التاسع عشر في سياق غلبة مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire <sup>(٣)</sup> والنزوع إلى الفردية وتشجيع أصحاب المشروعات على المخاطرة بإعفائهم من المسؤولية عن الأضرار غير المباشرة لأعمالهم .

١٩ - وفي هذا الإطار الفكرى ابتدع اشتراط توقع الضرر Forseeability of the harm لقيام المسؤولية . ويعنى هذا الشرط أن المسؤولية عن الضرر لا تنشأ إلا إذا كان توقع فاعل الفعل لهذا الضرر أمراً ممكن . والمعيار في ذلك هو سلوك الرجل الوسط أو المعتاد .

ومع وضوح القاعدة الأخلاقية القاضية بأن الخطأ لا يبرر الخطأ فقد اتجه القانون العرفى في القرن التاسع عشر إلى اعتبار خطأ المضرور نافياً للمسؤولية في الإهمال . ويكفى هذا المبدأ للتصير عن السيادة التى أخذ بها هذا القانون في اتجاهه إلى تشجيع أصحاب المشروعات ولو على حساب غيرهم من العمال والمستهلكين الذين يجب عليهم أن يتحملوا نتائج تصرفاتهم واختياراتهم في العمل والاستهلاك . وهذا وحده في رأى Rosco pound يلخص روح القانون العرفى واتجاهه في أمريكا وإنجلترا في القرن التاسع عشر <sup>(٤)</sup> .

(١) القانون فى امريكا، ترجمة بالقوت المشماوى ص ٩٠ . (٢) المواقف للشاطى : ٢١١/١ .

(٣) القانون فى امريكا ص ٩٠ .

(٤) الدلالة القوية لهذا المصطلح الفرنسى هى حرية الفعل أو التصرف عموماً، وترجمته الحرفية « دعه يعمل » .

٢٠ - عبء الإثبات والخطأ المفترض : وفيما يتعلق بعبء الإثبات Burden of proof فقد ظل التردد في إلقائه على عاتق المدعى لإثبات الخطأ أو على المدعى عليه لنفيه إلى أن استقر القضاء الإنجليزي على تكليف المدعى بهذا العبء في حكم حديث يرجع إلى عام ١٩٥٩ ، وذلك في قضية<sup>(١)</sup> Fowler. v. Lanning وقد أوجب القاضي Diplock J. في حكمه تكليف المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه وتسببه في حدوث ما لحقه من ضرر<sup>(٢)</sup> . غير أن هذا التكليف للمدعى هو القاعدة في حوادث الطرق السريعة High ways منذ عام ١٨٧٥ ، ولذا يعبر Diplock عن دهشته من تخلف العمل بهذه القاعدة وتكليف المدعى عليه بنفى خطئه في عدد من القضايا<sup>(٣)</sup> .

٢١ - وقد لقي مبدأ إقامة المسؤولية التقصيرية في القانون العرفي على الخطأ استجابة بالغة ، لا لمبادئه الاعتبارية الاقتصادية التي أشير إليها فحسب ، بل ولاعتباره كذلك ( تنويعاً لاتنصاع العقل والأخلاق للذين كان القانون العرفي يتلمس طريقه إليهما عبر القرون )<sup>(٤)</sup> ، بحكم أن الظالم أو المخطيء هو الأول بالحمل عليه وتكليفه برفع الضرر . وشاع في نهاية القرن التاسع عشر الاستناد إلى قاعدة ( لا مسؤولية بغير خطأ ) في نصوص الدفاع وحجيات الأحكام . وعبر بعض الذين استشهدوا بهذه القاعدة في معرض دفاعه عن رأيه في أن انتفاء المسؤولية بانتفاء الخطأ ( حق كامن في الحكومة الخيرة )<sup>(٥)</sup> ، مما يدل على الإحساس بمجدة اكتشاف هذه القاعدة والغبطة بهذا الاكتشاف كذلك . ومن المدهش حقاً أن تكون هذه القاعدة من المرونة بحيث تستطيع مسايرة كثير من موروثات القانون العرفي في تقسيم أنواع الأفعال غير المشروعة وغيرها وأن تتلاءم في الوقت نفسه مع النزعات الاجتماعية والاقتصادية المتباينة في الاتجاه إلى

(١) Street on torts P. 17, 67 .

(٢) Foundations of the law of torts P. 34 .

(٣) السابق .

(٤) القانون في أمريكا ص ٢٧٨ .

(٥) السابق ص ١٧٩ .

الفردية المطلقة أو المقيدة . وقد تحققت هذه المرونة في التلاؤم مع هذه الاتجاهات التباينة بإضافة بعض القيود كاشتراط توقع الضرر وتكليف المدعى بالإثبات أو بالتخفيف من هذه القيود عن طريق افتراض الخطأ وتكليف المدعى عليه بنفي خطئه . وبذلك أصبحت قاعدة ارتباط المسؤولية بالخطأ إحدى قواعد القانون الطبيعي في التصور العام .

٢٢ - وقد استند القانون العرفي - وغيره من القوانين الغربية - إلى نظرية الخطأ المفترض في عدد من التطورات التي لحقت بهذا القانون في القرن الحالي ، وذلك في مجالات تعويض العمال عن الإصابات التي تلحق بهم في محيط العمل ، على أساس أن تكليف العامل بإثبات خطأ رب العمل من شأنه أن يؤدي إلى إهدار حقوق هذا العامل . ولم يكن هذا الانتقال باليسير ، فقد رفض أربعة من القضاة الانجليز عام ١٩١٩م الموافقة على قانون يقضى بإلغاء شرط إثبات الخطأ لتعويض العمال عن إصاباتهم التي يسببها لهم عملهم<sup>(١)</sup> . وقد كان الإحساس السائد لدى الكثيرين أن تكليف صاحب المشروع بتعويض العمال عن جميع الإصابات التي تلحق بهم دون وقوع خطأ منه أمر غير مقبول من الناحيتين الخلقية والعقلية . غير أن هذه القوانين ما لبثت أن أقرت في جميع بلاد العالم بتأثير النزعات الاشتراكية . وقد طبق هذا الاتجاه كذلك في أخذ بانمى السلع بالمسؤولية عما يوجوه من بضائع تنسب في إضرار المستهلكين . كما طبق كذلك في عدد من الموضوعات الأخرى كمسؤولية شركات الطيران عن المسافرين وامتعتهم ، ومسؤولية الدولة عن أخطاء التقاضي . ولا يجب على المدعى في هذه الأحوال إثبات خطأ المدعى عليه لقيام حقه في التعويض ، وإنما يستند حقه هذا إلى افتراض خطأ المدعى عليه .

وقد عرف الفقه الإسلامي نظرية الخطأ المفترض منذ بداية تطوره استجابة للاحتياجات الاجتماعية للدولة الناشئة ، وذلك في المسألة المعروفة بتضمين الصانع . فقد أفنى عدد من الصحابة من بينهم /عمر/ وعلى رضي الله عنهما

---

(١) السابق ص ١٧٩ .

بتضمنهم ما ادعوا هلاكه مطلقا لمكان التهمة من غير تكليف المدعى بإثبات خطئهم أو إهمالهم في حفظ الأموال المدفوعة إليهم . وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف . وذلك لأن إلقاء عبء الإثبات على المدعى من شأنه أن يؤدي إلى ضياع حقه ، فهؤلاء الصناع يأخذون المال إلى أماكنهم ويغيّبونه عندهم فلا سبيل لمعرفة طريقة حفظهم له<sup>(١)</sup> . وقد طرد مالك ذلك في تضمين الحمالين ما يحملونه من الأمتعة مما يغاب ويخفى أو يكثر الطمع فيه كالأطعمة لمكان التهمة كذلك<sup>(٢)</sup> . والقول بتضمن هؤلاء الأجراء بإطلاق معناه أن افتراض خطئهم وإهمالهم لا يقبل النفي . أما على قول من رأى أن الأجير المشترك يضمن المال الذي أخذه ما لم يثبت أن الهلاك كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه فإن افتراض الخطأ على هذا القول افتراض يقبل النفي<sup>(٣)</sup> .

٢٤ - ومع ذلك فقد أدى التوسع في المسؤولية التقصيرية على أساس افتراض الخطأ غير القابل للنفي مرة والقابل للنفي في أحيان أخرى إلى إضعاف بناء المسؤولية التقصيرية على مفهوم الخطأ في أذهان الكثرين ، وقد اختر هؤلاء بالتطور السريع الذي تحقق لنظرية المسؤولية التقصيرية في التفكير القانوني الغربي في أقل من قرن فرأوا أن من الواجب مخرج هذه النظرية وإحلال غيرها محلها . وقد تحدد اتجاههم في الدعوة إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة Risk ابتغاء نقل الضرر من المصاب إلى الجهة الأقدر على تحمله ، أو توزيعه على المجتمع بأسره بتطوير نظام التأمين وترتيب الدولة له . وقد استجابت دول محدودة لهذه الدعوة . على رأسها نيوزيلندا . كما استجابت بعض الولايات الأمريكية لهذا الاتجاه ووضعت موضع التطبيق . ورفضت الأخذ به معظم دول العالم ، لقوة قاعدة الخطأ ومرونتها في الاستجابة لكثير من أوجه المصالح الاجتماعية ، وإمكان الأخذ معها ببعض الوسائل أو الأنظمة المعاونة على تحقيق الطموحات الجديدة ، دوغما ضرورة لهجر قاعدة الخطأ . وهذا ما أخذت به إنجلترا وفرنسا في احتفاظهما بقواعد المسؤولية التقصيرية العريقة ،

(١) بداية الجتهاد لابن رشد : ١٢٥/٢ ط لاهور وتبصرة الحكام لابن فرجون : ٣٣٠/٢ .

(٢) الفروق للقرافي : ١١/٤ .

(٣) انظر التقسيم في الوسيط للسبوري : ٧٦٦/١ .

وفي توسيع نظامي الضمان الاجتماعي والتأمين : استجابة للإحساس المتزايد بالمسؤولية الاجتماعية عن بعض طوائف الأمة . وهو ما تسير عليه القوانين المطبقة في البلاد الإسلامية بدرجات متفاوتة . وبذا فإن ظهور نظامي الضمان الاجتماعي Aocial Security والتأمين لم يؤثر على البناء التقليدي لنظرية المسؤولية التقصيرية وإن أثر في بعض أشكال قيام هذا البناء بوظائفه . ولم تفلح تلك الغارات المتتابعة في زعزعة الثقة بأسسه المستقرة . وما تزال المؤلفات الحديثة في هذا الموضوع تنجس إلى العناية بمفاهيم الخطأ وأنواعه والضرر وعلاقة السببية على نحو لا يعد كثيرا عما كان مألوفاً منذ بداية هذا القرن .

٢٥ - حق الخصوصية : ولا شك في أن القانون العرفي قد تمكن بفضل هذه النظرة الأخلاقية للمسؤولية القائمة على الخطأ من صياغة عدد من المفاهيم المناسبة للمستوى الحضارى الذى أرادته الحياة الغربية في تطورها الحديث .

من ذلك على سبيل مثال الاتجاه إلى إقرار حق الخصوصية Right of privacy في بداية القرن العشرين . وقد بدأ التفكير في هذا الحق بالمقال الذى كتبه صمويل د. وارن Samuel D. Warren ولويس د. برانديز Louis D. Brandeis عام ١٨٩٠ بعنوان حق الخصوصية . وفي هذه الأثناء لم يكن القانون العرفي يتطلع إلى ما هو أكثر من حماية حقوق الملكية وحفظ الجسم البشرى . ولذا اعتقد قضاة المحكمة العليا في نيويورك في أول اختبار لهذا الحق عام ١٩٠٢ أن القانون العرفي لا يحميه . وقد رفض هؤلاء القضاة بناء على ذلك الحكم لصالح المدعية التى استعمل المدعى عليه صورتها دون رضاها في الإعلان عن سلعة يتاجر فيها . ويعنى هذا الرفض أن القانون العرفي حتى ذلك الوقت لم يكن يجد غضاضة في استعمال صورة لشخص في الإعلان عن أية سلعة دون رضا هذا الشخص . غير أن مقالة صمويل وزميله قد أوجدت شعورا عاما بأن مثل هذا السلوك غير أخلاقي ويجب أن يحظره القانون . ولذا فقد سنت الهيئة التشريعية لنيويورك في دورة انعقادها التالية لحكم روبرتسون (Robertson decision) القاضى برفض الدعوى السابقة قانونا يقضى بحماية حق الخصوصية ، كما نقضت المحكمة العليا في جورجيا حكم روبرتسون وأوجبت حماية هذا الحق . وتتابع الاقتناء بهذا الحكم

في عدد كبير من القضايا . وبحلول منتصف هذا القرن أصبح التعدي على حق الخصوصية في أى جانب من - جوانبه سببا موجبا للتعويض<sup>(١)</sup> .

٢٦- وفي ذلك يوجب القانون الانجليزي التعويض إذا كان التعدي بوضع آلات التصنت على الآخرين في أماكن نومهم ، أو بالتحليق بالطائرة فوق مفارهم للاطلاع عليهم ، أو بنشر بيانات غير صحيحة عن الحياة الزوجية للمدعي . غير أن هناك عددا من الجوانب لم ييسط عليها القانون الانجليزي حمايته حتى الآن فيما يتعلق بهذا الحق . من ذلك وضع آلات التصنت في غرفة النوم في الفندق للتجسس على النزلاء ، وكذلك نشر الماضى المؤلم لأحد الاشخاص في الصحف السيارة . ويشير Street إلى الصعوبات الاجتماعية الناشئة عن تخلف القانون الانجليزي عن نظيره الأمريكى في الاعتراف المطلق بحق الخصوصية على الرغم من خطورة الآلات الحديثة في الكشف عن أسرار الحياة الشخصية وتهديدها لهذه المصالح التي يجب ألا تقل في الاعتبار عن حقوق الملكية . وينصح الهيئات التشريعية لهذا بوجوب صياغة قانون يعمل على حماية هذا الحق بجميع جوانبه<sup>(٢)</sup> .

٢٧- وهذا الذى يجتهد القانون العرفى الانجليزي في تحقيقه قد أقرته الشريعة الإسلامية منذ أول الأمر ؛ فقد نهى القرآن الكريم عن التجسس بقوله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾<sup>(٣)</sup> وأوجب الاستئذان بقوله ﴿ لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأذنوا وتسلموا على أهلها ﴾<sup>(٤)</sup> وأوجب على الأطفال إذا بلغوا الحلم أن يستأذنوا بقوله : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ، كذلك بين الله لكم آياته . والله عليم حكيم ﴾<sup>(٥)</sup> ، كما أوجب احترام الحقوق الشخصية في الخلوة بعد صلاة الفجر والعشاء وفي القيلولة بقوله :

(١) القانون في أمريكا ص ١٨١ ، ٣٨٢ .

(٢) Street on Torts, P. 410, 445 .

(٣) الحجرات : ١٢ .

(٤) النور : ٢٧ .

(٥) النور : ٥٩ .

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يُلْفُوا الْحِلْمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ ، وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ، ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ، كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾<sup>(١)</sup> . وليس وجوب الاستئذان مسألة شكلية ، إذ يترتب على عدمه وجوب الرجوع وحرمة الدخول ، إذ يقول سبحانه : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ ، وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا ﴾<sup>(٢)</sup> . وترتب على عدم الإذن كذلك حق صاحب البيت في الدفع عن نفسه بما يناسب الحال طبقا لما بينته السنة ، مما لا مجال للإفاضة فيه في هذا المقام<sup>(٣)</sup> .

**٢٨ - التصف في استعمال الحقوق : حق القانون الأمريكي نوعا**  
من التقدم في المسؤولية التقصيرية بالتوسع في تطبيقها إلى مجال إساءة استعمال حقوق الملكية واعتبار التصف في استعمال الحق Abuse of right سببا لقيام المسؤولية . وقد تم الاعتراف بهذا المفهوم في منتصف القرن التاسع عشر تقريبا ، حينما غيرت المحاكم نظرتها إلى حق الملكية المطلق وأوجبت تقييد استعمال هذا الحق بعدم الإضرار بالآخرين . وقد حل بذلك مبدأ الاستعمال المعقول Reasonable use للملك محل إطلاق حرية المالك في ملكه . واعتبر Rosco Pound هذا التحول تقريرا أساسا لنظرية الإرادة وتراجعا عن هدف النظام القانوني في تمكين الفرد من تحقيق ذاته بكامل حريته<sup>(٤)</sup> . وتعكس ملاحظة Pound هذه إعلاء المجتمع الأمريكي في أوائل هذا القرن لحق الملكية والربط بينها وبين الإرادة والحرية ، باعتبار أنها التحقيق لإرادة الشخص والمجال الخارجي لحريته<sup>(٥)</sup> . وكان الاعتقاد أنه لا فرق بين وضع قيود على اكتساب الملكية أو سلطة التصرف من جهة

(١) التور : ٥٨ .

(٢) التور : ٢٨ .

(٣) راجع ل ذلك : التشريع الجنائي للرحوم عبد القادر عودة : ٤٨٥/١ و ٥٠١ و ٥٠٥ .

(٤) القانون في أمريكا ص ٢٧٥ .

(٥) السابق : ١٨٣ .

أن هذه القيود تتعارض مع الحرية وتدمرها . ومن هذه الرواية أصبح الموضوع الرئيسي في القانون هو حماية حقوق الملكية الخاصة<sup>(١)</sup> . ولم تخف هذه النزعة حتى عام ١٩١٤ ؛ فقد أشار بحث صدر في هذا التاريخ إلى تعريف القانون الروماني للملكية بأنها حق استعمال الشيء للملك واستهلاكه . واستنتج من هذا التعريف أن هذا الحق يتضمن مشروعية الاستعمال وإساءة الاستعمال على السواء . غير أن هذا البحث يدل على بداية الجدل حول جواز تدخل القانون عند استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير . لكن القضاء الأمريكي لم يعترف في هذه الأثناء بحق المدعى في التعويض إذا تصرف المدعى عليه في ملكه بقصد الإضرار به . وقد حدث ذلك في قضية شهيرة أقام فيها المدعى عليه سورا على حدوده رغبة منه في منع الضوء وحجب الرؤية عن جاره ، دون قصد إلى تحقيق أية منفعة لنفسه . وقد استند القضاء الأمريكي في هذه القضية إلى ما صورته القاضي Holmes بقوله : ( للإنسان الحق في أن يبنى سورا في أرضه بالارتفاع الذي يريده ولو حجب الضوء والهواء عن الجار )<sup>(٢)</sup> . وتتطابق عبارة القاضي هولمز مع عبارة ابن حزم الشهيرة الداعية إلى إطلاق حرية المالك في ملكه بقوله : ( لكل أحد أن يعلى بنيانه ما يشاء وإن منع جاره الريح والشمس ، لأنه لم يباشر منه بغير ما أبيع له )<sup>(٣)</sup> . لكن هذه النظرة قد تبدلت بعد أن تحول مفهوم الملكية من السلطة والسيادة إلى معنى المسفولية بتأثير تلك القيود التي اضطرت القانون إلى فرضها رعاية للمصالح العام في مجالات المحافظة على البيئة من التلوث وتجميل هذه البيئة وتخطيط المدن وإنشاء الشوارع والمرافق العامة الأخرى . وقد اقتضت هذه السياسة نزاع الملكية أحيانا ، كما فرضت السياسة البيئية الرامية إلى تنقية الهواء والرياح والسماء من التلوث مزيدا من القيود على استمتاع المالك بحقوق ملكيته . وبذلك أصبح الطريق معبدا للاعتراف بمفهوم التعسف في استعمال الحقوق في منتصف القرن العشرين أى بعد أكثر من ثلاثة عشر قرنا من إقرار هذا المفهوم في الفقه الإسلامي .

(١) السابق : ١٨٤ .

(٢) السابق : ١٨٥ .

(٣) الحل لابن حزم ٢٤٢/٨قرة ١٣٥٧ .

٢٩ - وعلى سبيل المقارنة فإن الإمامين أبا حنيفة وابن حزم يذهبان

إلى إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه . ورأبهما أنه ( لا ضرر أعظم من منع شخص من التصرف في مال نفسه مراعاة لئس غير ، فهذا هو الضرر <sup>(١)</sup> ) . أما جمهور الفقهاء المسلمين فقد رأوا أن التصرف الضار بالغير ضررٌ فاحشٌ ، أو ضررٌ لا يتناسب مع المصلحة المنشودة من التصرف من باب التعدي بالنسب الموجب للضمان . ومن هذا الباب أيضا أن يتصرف بقصد الإضرار بالغير ، أو إذا لم يقصده ولكن كان حدوث الضرر بالغير نتيجة طبيعية أو غالبية لمثل هذا التصرف . ومنه أيضا أن يتصرف لنفع نفسه دون قصد إلى الإضرار ، وكان هناك طريق آخر لتحقيق النفع وتجنب الضرر <sup>(٢)</sup> . ويكشف هذا الضبط يقينا عن ملكة فقهية متميزة . ويرجع هذا الضبط العملي إلى الأسس الشرعية العامة في الاستخلاف والملكية ومفهوم الحق وإيجاب التعاون وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حسبما يأتي تفصيله في حينه من هذا البحث .

٣٠ - مبدأ واجب الرعاية : ومن جهة أخرى فإن هذه النزعة الخلقية ذاتها هي التي قادت القانون العرفي إلى صياغة ذنية للقاعدة العامة القاضية بالمسؤولية عن جميع أنواع الإهمال ، وذلك في عام ١٩٣٢ . وقد كان القانون العرفي يقضى قبل هذا التاريخ بوجود العناية في أمور معينة مستقلة في ذاتها ، بحيث لا تنظمها قاعدة ولا يربط بينها قانون . من ذلك ما أوجبه على الناقل وحائز الحيوان والصانع والبائع والمقاول من تعهدات بالرعاية للمنقول والحيوان والمصنوع والمبيع وعمل العقد في المناولة بحيث يوجب التقصير أو الإهمال المسؤولية . وبذلك فإن معنى الإهمال والتقصير هو السلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه القانون من واجب الرعاية والتبصر في غير الأحوال التي حددها . ويقتضى تحديد الإهمال على هذا النحو انتفاء المسؤولية في غير الأحوال التي أوجب فيها القانون بذل العناية والحرص . ويختلف القانون العرفي في ذلك عن القوانين اللاتينية التي سبقتها في صياغة القاعدة العامة القاضية بوجود المسؤولية للتعدي أو الإهمال مطلقا حسبما سلفت الإشارة إليه . أما القانون العرفي فلم يأخذ قبل عام ١٩٣٢ م

(١) السابق : ٢٤٩/٨ ، ١٣٥٥ . (٢) المواقفت للنشاط : ٣٤٨/٢ - ٣٦٤ .

بمقابلة للإهمال الموجب للمسئولية ، وإنما حدد عددا من الحالات التي ينشئ فيها الإهمال المسئولية<sup>(١)</sup> .

٣١- وقد شهد عام ١٩٣٢ هذا التحول بفضل هذا الحكم الذي أصدره اللورد أتكين Lord Atkin في قضية Donoghue v. Stevenson . وفي هذه القضية اشترى المدعى زجاجة شراب اكتشف بعد تناولها أنه كان بداخلها دودة عند شربها ، وهو ما ألحق الضرر بالمدعى . وقد أوجب Atkin التعويض بناء على ما كان يفرضه القانون العرفي آنذاك على الصانع من مسئولية تجاه المستهلك . غير أنه تجاوز ذلك في حيثيات حكمه إلى البحث عن القاعدة العامة لوجوب الرعاية باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه المسئولية عن الإهمال . وقد وجد هذا القاضي الذي يبدو أنه كان مشيعا بأخلاق الديانة المسيحية هذه القاعدة في المبدأ الخلقى القاضي بحب الجار بعد إعادة صياغته بما يناسب الهدف من نقله إلى المجال القانوني . وهو يعبر عن ذلك تعبيرا ظلت تتناقله المؤلفات القانونية في هذا الموضوع من بعده . وعبارته في ذلك :

لا يمكن اعتبار جميع الأفعال والتروك غير المقبولة من الناحية الخلقية موجبة للتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها .. ويجب لذلك البحث عن معيار عام يضبط أحوال وجوب الرعاية من الناحية القانونية بحيث ترتد إليه وقائع الإهمال المتنوعة التي توجب المسئولية . وهذا المبدأ هو أن الواجب الخلقى القاضي بأن عليك أن تحب جارك ينتقل في صيغته القانونية إلى أن عليك ألا تؤذي .. وأن تبذل العناية المعقولة Reasonable care كيلا توقع الضرر به . أما مفهوم هذا الجار فإنه يشمل الأشخاص الذين يحتمل تأثرهم بفعلك أو تركك تأثرا قويا مباشرا ، ممن ينبغي أن تضعهم في اعتبارك عند تحرك قصدك إلى الفعل أو التروك<sup>(٢)</sup> .

٣٢- وقد أشارت المحكمة العليا في قضية المجلس البلدى بالخرطوم ضد ميشيل قطران ( رقم ١٧٨ لعام ١٩٥٨ ) إلى هذا النص في حكمها في هذه القضية التي كان موضوعها أن البلدية حفرت حفرة كبيرة في الطريق العام دون أن تتخذ

(١) Foundations of the Law of Tort P. 79

(٢) Foundation of law of Torts P. 98 and Tort Law by Dias P-41

أى إجراء يبنه إلى مكان هذه الحفرة ، مما أدى إلى وقوع ميشيل قطران فيها وإصابته بعجز في قدمه اليسرى لا يقل عن ٧٥ ٪ . وقد قضت المحكمة بالتعويض للمتضرر ، وجاء في منطوق حكمها : من ألحق ضررا بالجار بالمفهوم المتقدم يكون قد أحل بواجبه نحوه ، ولكن لا يمكن في حياتنا العملية وفي عالمنا المادى هذا أن يعتبر كل عمل أو امتناع عن عمل لا تقره قواعد الأخلاق عملا ضارا يمكن أن يكون سببا لدعوى التعويض من جانب من لحق به الأذى ضد من تسبب في ذلك الضرر . ولذلك تنشأ قواعد القانون لتنظيم دائرة الأعمال الضارة .. وذلك يعنى أن الحجة في القانون لا تعنى أن تحب جارك وفق المفهوم الأخلاقى أو الدينى .. بل تعنى ألا تصيب جارك<sup>(١)</sup> .

ولا يجد المرء عناء في إدراك أن هذا المبدأ الذى استعاره اللورد Atkin من الأخلاق المسيحية لضبط وقائع الإهمال الجزئية التى لا تنتهى عند حد - بتعبير اللورد ماكميلان - إنما يجد مقابله الشرعى في القاعدة الفقهية القاضية بوجوب رفع الضرر والمستمدة من قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » ، وإن تميزت القاعدة الفقهية عن المبدأ الذى صاغه أتكين Atkin بالوضوح ودقة الصياغة الفنية والمباشرة في التطبيق والتعميم . وهو ما تتطلع إلى تحقيقه الصياغة القانونية الرفيعة . ومن المثير للألم لذلك ألا تجد المحكمة العليا السودانية في عام ١٩٥٨ وقتا للرجوع إلى الكتب الفقهية الإسلامية وأن تستبدل الذى هو أدنى بالذى هو خير ، وإن كان هذا هو الحال في البلاد الإسلامية جميعها ، والله الأمر من قبل ومن بعد .

٣٣ - النتائج المستفادة : يستفاد من هذا التسبع التاريخى الموجز هو مبادئ المسؤولية التقصيرية في القوانين الغربية ما يلى :

( أ ) - تمكنت هذه القوانين من صياغة أهم مبادئ المسؤولية التقصيرية منذ نهاية القرن الثامن عشر . ولم تتوقف هذه القوانين عن التطور منذ هذا التاريخ استجابة للاعتبارات العملية التى شهدتها المجتمعات الغربية . وقد حقق القانون الفرنسى سبق على القانون العرفى في صياغة هذه المبادئ مع أن درجة التطور

(١) أصول المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية الإسلامى السودانى للدكتور محمد شتا أبو سعد من ١١٣ .

التي نبأت للمجتمعات الغربية في عمومها كانت واحدة مما يوحي بوجود عوامل أخرى استفاد بها المشرع الفرنسي . أما القانون العرفي فقد تميز بإيقاع تطوره بالسرعة في نهاية القرن التاسع عشر . وقد شهدت هذه الفترة التاريخية اكتمال صياغة هذا القانون لأهم مبادئ المسؤولية التقصيرية . وقد اعتمد القانون الفرنسي على التشريع وإصدار القوانين لتحقيق هذا التطور ، أما القانون العرفي فقد اعتمد على كل من التشريع وقرارات المحاكم لتحقيق الهدف نفسه .

(ب) - تتفق هذه المبادئ في كثير من أوجه صياغاتها مع المبادئ الفقهية التي حوّاها الفقه الإسلامي منذ بدء وجوده . وإذا استبعدنا اعتماد القوانين الغربية لهذه المبادئ من القانون الروماني الذي لم يعرفها في أعلى درجات تطوره فإن من المحتمل قيام علاقة من نوع ما بين الفقه الإسلامي وهذه القوانين . والذي اعتقده أن الفقه الإسلامي قد أثر في تشكيل الملامح العامة لنظرية المسؤولية التقصيرية Torts في القانون العرفي . ويتطلب إثبات هذه الدعوى النظر في أمرين : أولهما إدراك أوجه التشابه بين طرفي هذه العلاقة ، والثاني : إثبات الصلة التاريخية بين التشريعين وتحديد قنوات الاتصال بينهما . وبلغت النظر في مجال التشابه بين هذين التشريعين الاتفاق في الفصل بين نوعي المسؤولية : المدنية والجنائية ، أو الجوابير والزواج في الاصطلاح الفقهي بالرجوع إلى عدد من الأسس المشتركة ، كما بلغت النظر أيضا الاتفاق في تقسيم أنواع التعديلات الموجبة للمسؤولية المدنية أو الضمان بالتعدي ( مباشرة وتسبب وغصب ) . ويشتركان كذلك في النظر إلى الإهمال وضابطه وما يوجبه وفي النظر إلى الإهمال المشترك ومفهوم علاقة السببية وتكليف المدعى بعبء الإثبات إلا في مواطن التهم . وهناك أيضا اتفاق - في التطوير الأمريكي للقانون العرفي - على مفهوم التصرف في استعمال الحق وعلى النظر إلى حق الخصوصية . أما العلاقة التاريخية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الغربية فقد بدأت منذ القرن الثاني الهجري بتطبيق الفقه الإسلامي نفسه في أسبانيا وجنوب فرنسا وعدد من البلاد الأوروبية ، واتخذت هذه العلاقة أشكالا متعددة في الصراع البحري والسياسي والفكري أثناء الحروب الصليبية وفي العصور التالية لذلك . وقد ترجمت كثير من الأعمال الفقهية في نهاية القرن الثامن عشر وفي القرن التاسع عشر طبقا لخطة تغيت ترجمة كتاب معتمد أو أكثر من كل مذهب من المذاهب

المشهوره . من ذلك ترجمة هاملتون للهداية وترجمة بعض أجزاء الفتاوى المالكية ، والمنهاج للنووى ، وشرائع الإسلام للجللى . وقد قام القضاة الانجليز بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى معاكم شبه القارة الهندية أكثر من قرن من الزمان بعد احتلالهم لها ، وتضمن تشكيل المحكمة وجود مساعد مسلم يرجع إليه هؤلاء القضاة لمعرفة الحكم الفقهى المتعلق بموضوع النزاع ، طبقا لما حققه كولسون فى كتابه تاريخ التشريع الإسلامى<sup>(١)</sup> .

٣٤ - ويستبعد النظر إلى طبيعة هذه العلاقة بين التشريعين احتمال تفسير الاتفاق أو التشابه بينهما على أساس التوارد والالتقاء فى الخواطر والأفكار . وهذا التفسير هو الأقرب إلى الاجتال فعلا إذا ضعفت الصلة التاريخية أو إذا كان لهذا التوارد ما يبرره من العوامل الذاتية الخاصة بالفكر المتأثر . ويمكن للدلالة على طبيعة هذه العلاقة التى قويت فى إنجلترا ذاتها منذ الحروب الصليبية وأسهمت فى تطوير الفكر القانونى هناك ما ذكره Holdsworth من وجود قانون فرضه الملك هنرى الأول عام ١١٨٨ وأطلق عليه اسم قانون صلاح الدين للعبور Saladin Tiche . الذى يعد من أوائل التشريعات المتعلقة بفرض الضرائب على الممتلكات الشخصية عن طريق التحقق من هذه الممتلكات بالرجوع إلى جيران الشخص للسؤال عن حقيقة وضعه المالى . وتستخدم كلمة Tithe على وجه العموم فى معنى العشر الذى يدفعه الشخص من دخله الكلى فى أوجه الخير أو للدولة ، كما تستخدم فى معنى الضريبة كذلك . وتقابل كلمة Tither كلمة العاشر فى الاصطلاح الفقهى ، حسبا يدل عليه المفهوم المحدد لهذه الكلمة فى معجم Blackstone . وقد ولد صلاح الدين الأيوبي عام ٥٣٢ هـ / ١١٣٨ م وتوفى عام ٥٨٩ هـ / ١١٩٣ م ، مما يدل على أن اقتباس اسمه عنوانا على القانون المشار إليه قد تم فى حياته .

ولم تكن العوامل الذاتية الخاصة بالمجتمع الانجليزى بقادرة على تطوير

(١) تاريخ التشريع الإسلامى ترجمة المؤلف ومراجعة د. حسن الشافعى ص ٣١٠ .

(٢) A History of English Law, P. 179 v. II .

القانون العرفي والارتقاء به من جهة أن هذا المجتمع كان مجتمعاً إقطاعياً . وقد تشكل النظام القانوني العرفي لذلك من مجموعتين من المبادئ المتناقضة ، أولاهما امتيازات السادة الإقطاعيين والأخرى حقوق الكافة أو الجمهور . وقد غلبت امتيازات الطبقة الحاكمة حتى بداية الثورة الصناعية ، وكان التطوير التدريجي لإصلاح مسيرة التفكير القانوني هو الطريق المتاح في ظل هذه الاعتبارات . وبدل فرض الملك هنري الأول لقانون ضرائبي بعنوان وملاح إسلامية على أن اقتباس بعض أحكام الفقه الإسلامي دون تعديل أمر كان يحظى بقبول عام ولا يجد معارضة من الطبقة الحاكمة أو الجمهور . ويعني هذا الموقف العام في الأقل قبول القانون العرفي للتأثر المباشر بأحكام الفقه الإسلامي في مجالات أخرى . وفي رأي John Brigg أن الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغريبة في تطويرها لأحكام المسؤولية ، وأنه هو التشريع الذي أقام التفريق بين أنواع هذه المسؤولية على نحو واضح ، الأمر الذي لم تستطع القوانين الغريبة الأخذ به إلا بعد قرون عديدة<sup>(١)</sup> .

٣٥ - ولا تكفي هذه الإشارات السريعة لتقديم تصور واضح عن تأثير الفقه الإسلامي في غيره من القوانين الغريبة بشكل مباشر أو غير مباشر . ويجب أن يكون ذلك موضوعاً لدراسة مستقلة تتعقب كلا من الجسور التاريخية العديدة التي تحقّق للفقه الإسلامي عن طريقها هذا التأثير والمبادئ التي انتقلت من هذا الفقه إلى غيره ، تصحيحاً لهذا الخطأ التاريخي وإدراكاً لأبعاد الدور الذي لعبه الفقه الإسلامي في تربيته التفكير القانوني وتطويره . لقد ظلم الفقه الإسلامي من أعدائه الذين استفادوا به ومن أبنائه وهو حري بيزل الجهود اللازمة لوضعه موضع التطبيق .

٣٦ - اتجاهات حديثة في قوانين المسؤولية التقصيرية : يتجه بعض

(١) The Guilty Mind: Psychotry and the Law of Homicide P. quoted from the Pakistan

Penal Code, a commentary by Ahsan Suhail Anjum, Lahore 1982, P. 50.

المشتغلين بالدراسات القانونية في البلاد الغربية إلى الاعتقاد بأن المسؤولية التقصيرية في جوهرها القائم على فكرة الخطأ أو التعدي نظام ينبغي العمل على إلغائه واستبدال غيره به لما ينطوي عليه هذا النظام من مثالب عديدة ، من بينها :

١ - طول أمد التقاضي وغموض أسس احساب الخطأ وتقدير قيمة التعويض الذى يقل ويكثر في الظروف المتائلة دون مرر مقنع . ولذا يشبه البعض التقاضى في هذا المجال بلعبة القمار واليانصيب . ٢ - ارتفاع تكلفة التقاضى في ظل هذا النظام . وثبتت بعض الإحصاءات أن ما يقرب من نصف مقادير التعويضات يستولى عليه المحامون وشركات التأمين وغيرهم من هؤلاء الذين يتاجرون في عاهات المتضررين والإصابات التى تلحق بهم . ٣ - البعد عن العدالة . وفى ذلك يقول Andre Tunk : إن أحكام المسؤولية التقصيرية التى كانت تهدف فى الماضى إلى محاسبة المسئولين عن الأضرار الناشئة من الخطأ العمدى أو التقصيرى قد تعدت ذلك إلى المساءلة عن الأخطاء البشرية التى لا يمكن تجنبها ، كعدم الانتباه السير أورد الفعل لزاء خطر داهم مفاجئ ، مثلما هو الحال فى قيادة السيارات . ويؤدى ذلك إلى تحميل الشخص المسؤولية عن ضرر لا سبيل أمامه لتفاديه . وفى نظر أصحاب هذا رأى أن ذلك أمر لا يمكن تبريره من الناحية الخلقية . ويرون لذلك وجوب العمل على الفصل بين الأهداف الأخلاقية التى يسمي قانون المسؤولية التقصيرية إلى تحقيقها وبين تلك الأهداف العملية التى يروجوها هذا القانون ، وهى تعويض المتضررين والمصابين بأعداد متزايدة . والحل فى رأيهم هو العمل على إلقاء أعباء التعويض على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة كبيرة<sup>(١)</sup> .

٣٧ - وقد تألفت فى البلاد الغربية حديثا عدة لجان لدراسة هذه المشكلات ووضع الحلول لها . ففى إنجلترا تشكلت عام ١٩٧١ م اللجنة الملكية للمسؤولية المدنية والتعويض عن الإصابات الجسدية Royalcommission on civil liability and personal injury وأصدرت تقريرها عام ١٩٧٦<sup>(٢)</sup> . وأوجب

(١) Tort, cases and material by Hepple and Mathews PP. 8, 817

(٢) السابق : ٨١٠ وما بعدها .

هذا التقرير الإبقاء على نظام المسؤولية التقصيرية الحالى القائم على مفهوم الخطأ إلى جوار نظام التأمينات الاجتماعية القائم على مبدأ التكافل في تحمل الضرر . وقد أسعد هذا الاتجاه أولئك الذين لا يريدون تدخل الدولة إلا في أضيق الحدود ، لكنه أزعج غيرهم الذين اعتبروه نوعا من الاستسلام المخزي لأصحاب المصالح . في استمرار الوضع الحالى بمثالبه السابقة . وينطلق هؤلاء في انتقادهم للوضع الحالى للمسؤولية التقصيرية من المبدأ القاضى بأن على الدولة أن تجعل من نفسها إلى حد كبير شركة تأمين ضد الحوادث ، بما يحقق توزيع المضار التى تصيب الأفراد على أكبر عدد منهم . وإذا كان القانون قد قبل هذا المبدأ فيما يتعلق بحماية الفرد من الأضرار المالية التى تحدث له نتيجة الشيخوخة والمرض والبطالة فإن على المجتمع أن يقبل تحمل هذه المسؤولية في مجال التبعيات المدنية . وينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى قبول القبول لتعويض العمال عما تسببه لهم حوادث الصناعة من أضرار دون اشتراط الخطأ باعتباره بداية النهاية لنظام المسؤولية التقصيرية التقليدى . ويدعو استعداد هذا النظام التقليدى لتقديم تنازلات أخرى تغلينا للمصلحة الاجتماعية في مجال حوادث السيارات ، حيث تجهت بلاد عديدة إلى تقديم التعويضات للمصابين في هذه الحوادث دون اشتراط الخطأ ، بعد أن أحسنت هذه البلاد بأن الإصرار على هذا الشرط من شأنه أن يخلق كثيرا من المصاعب للمحاكم والمتقاضين على السواء<sup>(١)</sup> .

٣٨ - وقد أغرت هذه الانتقادات المريعة نيوزيلندا بهجر العمل بأحكام المسؤولية التقصيرية في مجال الإصابات البدنية وأخذ الدولة بنظام للتأمينات الاجتماعية يتكفل بالتعويض عن هذه الإصابات . وقد جاء هذا النظام تنفيذا لمقترحات لجنة وود هاوس The wood house committee الصادرة عام ١٩٦٧ . ويقوم هذا النظام على تصنيف المستفيدين به إلى ثلاثة أصناف . الأول : العاملون في الدولة والقطاع الخاص ومن يعولونهم ويجب على هؤلاء تمويل تكلفة تعويضاتهم بالتكافل فيما بينهم . ويستحق المستفيد منهم في حالة العجز الكلى نسبة

(١) قانون ل امريكا من ٣٩٦ وما بعدها .

٨٠ ٪ من دخله قبل المعجز ، إلا إذا كان دخله هذا ضعيفا فترتفع هذه النسبة إلى ٩٠ ٪، والحد الأقصى للتعويض هو ١٥,٦٠٠ دولار في السنة . والثاني المصابون في حوادث الطرق ومن يعولونهم ممن يجرى تعويضهم من حصيلة التأمين الجبرى المفروض على أصحاب المركبات ويحتسب التعويض الواجب لهم باتباع الأسس السابقة ذاتها . والثالث المصابون الآخرون من غير الشرائع الاجتماعية السابقة كربات البيوت وغير العاملين والسياح ومن يعولونهم . وهؤلاء تتحمل الدولة تعويضاتهم من خزائنها العامة<sup>(١)</sup> .

٣٩ - وفي استراليا تألفت عام ١٩٧٤ لجنة قومية برئاسة Wood house واقتُرحت الأخذ بنظام مماثل لما أخذت به نيوزيلندا في مجال الأضرار البدنية . غير أن مقترحات هذه اللجنة لم توضع موضع التطبيق بعد<sup>(٢)</sup> .

٤٠ - وتستند هذه المقترحات إلى مفهوم المسؤولية الاجتماعية Community responsi bility عن الأضرار المفاجئة التى تلحق ببعض الأفراد . والتي تعجزهم عن الوفاء باحتياجاتهم الخاصة عن طريق العمل والكسب . وعلى الرغم من مشروعية الاحتفاء بهذه المسؤولية الاجتماعية من جهتي المنطق والخلق فإن الحكم بفاعلية هذا الاحتفاء من الوجهة العملية ما يزال أمرا سابقا لأوانه في رأى عدد من المحللين الذين يتخوفون من احتمال أن يؤدي الإحلال الكامل للمسؤولية الاجتماعية محل المسؤولية الفردية إلى تنمية الشعور بعدم الاكتراث وإضعاف دواعي الخلق والتحوط في مجالات قيادة السيارات وإنتاج البضائع المعيبة وغيرها مما يؤدي إلى زيادة الحوادث وكثرة الإصابات وارتفاع الأعباء التى يتحملها المشتركون نتيجة لذلك<sup>(٣)</sup> .

وتهدف هذه المقترحات إلى علاج عيوب التطبيق العملي للتقاضى في مجال المسؤولية التقصيرية المتمثلة في طول أمد التقاضى وارتفاع تكلفته وضعف كفاءته

(١) Tort, Cases and Materials, by Hepple and Mathews P. 807

(٢) السابق : ٨٠٩ .

(٣) السابق .

في إيصال الحقوق لمستحقها وكثرة عدد القضايا التي تدفع المحاكم إلى الإحساس بالعجز مما يؤدي إلى شعور المتضرر إزاء التعقيد والجشع الذي يمارسه بعض الوكلاء وغيرهم بأن الأسر أن يتحمل المرء ما لحق به من ضرر وألا يذهب إلى محكمة للمطالبة بحقه . ومع ذلك فإن عيوب التطبيق لا تبرر هجر النظرية إذا كانت خطوطها العامة متأسكة في ذاتها . ويجب علاج هذه العيوب في إطارها الخاص بها .

٤١ - ويجب التفريق من الوجهة الشرعية بين إيجاب الضمان على المتعدي في الأموال والحقوق التي تجرى مجراها مما يمكن أن يتحملة المتعدي دون مشقة كبيرة وبين تأمين وصول التعويض لمستحقه في الأضرار البدنية التي لا يستطيع المتعدي أو المخطيء في العادة تحملها إلا بمشقة ولذا تتحملها العاقلة إذا بلغت مقدارا معيناً من الدية ( الثلث عند المالكية والشافعية والحنابلة ونصف العشر عند الأحناف ) . وعلى المتعدي في الفقه الإسلامي واجب تعويض المتضرر بخطئه في الإصابات البدنية اليسيرة التي لا تتحملها العاقلة وفي الأضرار المالية الأخرى التي يغلب أن يكون مقدار التعويض الواجب في حدود طاقته . أما التعويض عن الإصابات والجروح الذي يبلغ ثلث الدية عند الجمهور أو نصف العشر عند الأحناف فإن العاقلة هي التي تتحملة ، تغليبا لرعاية حق المتضرر وضمانا لوصول حقه إليه وحتى لا يظل دم في الإسلام ، فإن الدية قد وجبت على العاقلة لهذه الاعتبارات . ويحلل ابن تيمية لوجوب الدية وأجزائها على العاقلة بأن ( دية المقتول مال كثير .. والخطأ مما يعلو فيه الإنسان ، فإيجاب الدية في ماله ( المخطيء ) ضرر عظيم به من غير ذنب تعمده ، ولا بد من إيجاب بدل للمقتول . فالشارع أوجب على من عليهم مولاة القتال ونصره أن يعينوه على ذلك . فكان هذا كإيجاب النفقات التي تجب للقريب أو تجب للفقراء والمساكين وكإيجاب فكاك الأسير من بلاد العدو ، فإن هذا أسير بالدية ..... وهي لم تجب باختيار مستحقها .. وليست قليلة في الغالب كأبدال المتلفات ، فإن إتلاف مال كثير بقدر الدية خطأ نادر جداً بخلاف قتل النفس خطأ (١) .

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٥٥٣/٢٠ .

٤٢ - ولا يجب التعويض في الشريعة في أى من الحالين إلا بارتكاب خطأ يتعين على المدعى إثباته إلا في مواطن التهم التي ينتقل عبء نفيه إلى المدعى عليه ، حسبما سلفت الإشارة إليه ، إذ لا ينشأ الضمان إلا عند قيام سببه وهو الخطأ أو التعدى .

ومع ذلك فإن عدم قيام الحق في التعويض لا ينفي واجب المجتمع شرعا في الرفق بالمضرر والإحسان إليه أو اتخاذ الوسائل الكفيلة برفع الضرر عنه بمقتضى ما يجب من التعاون والتراحم والتواد بين المسلمين . غير أن هذين الواجبين ( واجب التعويض بالتعدي وواجب التعاون على رفع الضرر ) يختلفان في طبيعتهما وأسبابهما والأحكام المترتبة عليهما . فواجب التعويض بالتعدي سببه الخطأ والتعدي وحكمه لزوم رفع الضرر الناشئ عن الخطأ طبقا للتقديرات التي حددها الشارع . أما الواجب على المجتمع فسببه الحاجة أو الاتفاق على تحمل الضرر فيما يتعلق بالتأمين التعاوني أو التزام الدولة به ، ويتقدر الواجب لذلك بقدر الحاجة أو التراضي أو الالتزام .

ومشكلة الاقتراحات السابقة أنها لم تفرق فيما يبدو لي بين ما يوجبه التعدي من التزام بتعويض المضرر بهذا التعدي وبين ما يوجبه التكافل الاجتماعي من مسؤولية تجاه المضررين . وقد أدى عدم التمييز بين هذين الأمرين إلى المفاضلة بينهما وتغليب الأخذ بأحدهما . وكان غياب نظام العاقلة سببا في الانحياز إلى اعتبار المجتمع مسؤولا عن حماية مصالح المضررين في الإصابات الجسدية . وقد استطاع نظام العاقلة ، بترتيب الأحناف له من قرابة المتعدي وعصبته وأهل ديوانه وبيت مال المسلمين ، الوفاء بهذه المسؤولية الاجتماعية .

٤٣ - والخلاصة أن المسؤولية تقوم في الفقه الإسلامى على ركن الخطأ في الأضرار المالية والبدنية وأن تحمل واجب التعويض يقع على المتعدي في الأضرار البدنية إذا كان العيب في الطاقة غالبا ، أما إذا بلغ الواجب نصف عشر الدية عند الأحناف أو ثلثها عند غيرهم فإن العاقلة هي التي تتكفل بحمل هذا الواجب . أما الأضرار المالية فإن المتعدي هو الذي يتحملها بالغة ما بلغت ، لأن الغالب ألا تكون قيمتها كبيرة ولأن الشريعة لا تنزل المصالح المالية في الاعتبار

متزلة المصالح المتعلقة بحفظ البدن . وفي رأى أن نظام العاقلة يستطيع إذا أحسن ترتيبه باجتهاد مماثل للاجتهاد الحنفى أن يقوم بتوزيع الضرر في الإصابات البدنية على قطاع يستطيع تحمله دون مشقة مما يؤدي إلى حل كثير من المشكلات التي يواجهها التطبيق الخالى لأحكام المسؤولية التقصيرية . ذلك أن هذا النظام من المرونة بحيث يسمح بالتوفيق بين مصالح المتضرر والمتعدى .

أما إلقاء العبء على الدولة وعدم اشتراط الخطأ فإن ذلك لا يعد تطورا أو إصلاحا لأحكام المسؤولية التقصيرية بقدر ما يعتبر تمهيدا جديدا لواجبات الدولة . وإذا وضعنا مقترحات اللجان السابقة الذكر هذا الوضع فإنه لن يكون هناك أى مانع من الوجهة الشرعية لتدخل الدولة في التخفيف عن المتضررين على أساس مبادئ التعاون والإحسان وليس بالرجوع إلى أحكام المسؤولية التقصيرية

٤٤ - وتوضح هذه الإشارات السابقة اهتمام البلاد الغربية بموضوع المسؤولية التقصيرية باعتبارها أداة لضبط السلوك الاجتماعى من جهة وأسلوبا لتخفيف الضرر عن الأفراد المعتدى عليهم من جهة أخرى . وتهدف هذه البلاد إلى صياغة نظام لهذه المسؤولية يتسم بالوضوح وعدم تعقيد إجراءاته مما ييسر وصول الحقوق لأصحابها بالحد الأدنى من التكلفة وتمنع استغلال شركات التأمين وغيرها هؤلاء الذين ألقت بهم الأقدار إلى هذه الشركات .

وتقف البلاد الإسلامية من هذا النشاط موقف المتفرج الذى قد يمحاذر في النهاية لحل أو آخر دون نظر لدى ملاءمته لظروفه الخاصة . وإمكانات تطبيقه وتأثيراته الجانبية وتوافقه مع مبادئ الشريعة . ويرتد هذا الموقف الذى يشبه موقف الوارث السفه بتعبير بعض علمائنا إلى الجهل بأحكام الشريعة الإسلامية التى أقصيت عن التطبيق ما يقرب من قرن وإلى ضعف مؤسساتنا العلمية التى يجب عليها أن تصدى لدراسة المشكلات الاجتماعية المتعلقة بإصابات العمل وحوادث المرور والعجز عن الكسب مما عساه أن يؤدي في النهاية إلى صياغات تشريعية تنبع من الأصول الإسلامية وتسهم في تحقيق التكافل الاجتماعى

الذى أراد هذا الدين وشرع له من الأنظمة ( الزكاة والصدقة وغيرها ) مايسر تطبيقه في الواقع العملى .

٤٥ - ولا شك في أن الحاجة ماسة إلى تحقيق إصلاح تشريعى يوفر الحلول للمشكلات التى تواجه الأفراد في مجال التعديلات المدنية . ولا أشير بذلك فحسب إلى مشكلات تعقد إجراءات التقاضى في هذا المجال وطول أمده وضعف التعويضات التى تصل إلى المتضررين وارتفاع التكلفة حتى أصبحت قضايا حوادث السيارات أوضح دليل على عجز القضاء المدنى في بلادنا عن تحقيق العدالة ، وإنما أشير أيضا إلى تلك المأساة الاجتماعية العامة المتمثلة في غياب الإحساس بالواجب تجاه الغير . ويكفى للدلالة على ذلك النظر إلى الحرية التى يمنحها كل منا لنفسه في الانتفاع بالطرق العامة دون التفات إلى ما يجره ذلك من أضرار ، وإلى عدم تورع الشركات والمؤسسات المختلفة عن إلقاء مخلفات مصانعها في الأنهار والترع أو ترك الحفر في الطرق دون التنبيه على وجودها بما يهدد الجميع بأرواح العواقب . وقد صار هذا الموقف مقبولا في عمومته حتى لا يفكر المتضرر في اللجوء إلى القضاء . وفي ظل هذه الفوضى العامة لا تتورع العديد من المؤسسات عن إنتاج سلع معيبة وترويجها بين الجمهور . والنتيجة هى غياب روح المسؤولية واختلال الأداء الاجتماعى . ويوجب هذا كله السعى إلى إصلاح أحكام المسؤولية التقصيرية بإعادة صياغة هذه الأحكام على ضوء مبادئ الشريعة وأسسها لقدرة هذه المبادئ على ضبط سلوك الناس وتوفير العدالة المفقودة .

٤٦ - ويتألف المنهج الذى تقترحه هذه الدراسة لإصلاح قوانين المسؤولية التقصيرية من الخطوات العامة التالية :

( أ ) إقامة نظام المسؤولية التقصيرية على الأسس الشرعية القاضية بحق الفرد في حفظ أمواله وشرفه وسلامته بدنه ، وبمسؤولية كل فرد عن عمله ، وبوجوب رفع الضرر الناشئ عن التعدى سواء بنقله إلى المتعدى أو بتحمله على قطاع كبير لا يشق ذلك عليه .

( ب ) التعدى أو الخطأ هو سبب قيام هذه المسؤولية .

(ج) يتحمل المتعدي واجب التعويض في ماله إذا تعلق الضرر بالأموال .  
أو إذا تعلق بالأبدان وقل هذا الواجب عن المقدار الذي تتحمله العاقلة .  
وقد ينتقل واجب التعويض إلى العاقلة إذا تعلق الضرر بالأبدان .

(د) لا يرى إلقاء واجب التعويض على عاتق المدعي أو عاقلة الدولة  
من واجبا تجاه المتضررين الذين لا يتسع نظام المسؤولية التقصيرية لهم وحل  
مشكلاتهم ، كما هو الحال بالنسبة للمرضى والعجزة وكبار السن والمصابين  
في الحوادث بأخطائهم هم والمستحقين لتعويضات لا تكفى احتياجاتهم . ويجب  
للفاء بذلك إنشاء قسم أو هيئة في الدولة لتتبع هذه الجهات وتمويل إعاناتها  
من موارد الزكاة والصدقات للمستحقين أو فرض ضريبة للتكافل الاجتماعي ينفق  
من حصيلها عليهم إذا اقتضت المصلحة ذلك .

٤٧ - وبذلك يتعاون نظام المسؤولية التقصيرية أو ضمان العدوان ونظام  
التكافل الاجتماعي على التخفيف من الأضرار المتنوعة التي يعانى منها الناس  
في مجتمعاتنا . ومن الواضح أن أيها من هذين النظامين لا يستطيع بمفرده تحقيق  
الأهداف المطلوبة بهما معا . وقد أعطأت تلك الدول التي استبدلت نظام المسؤولية  
الاجتماعية بنظام المسؤولية التقصيرية . ولا شك في أن من أوجب الواجبات  
على الدولة الإسلامية رعاية المصالح الاجتماعية ومعاونة الضعاف وأصحاب  
العاهات . وإذا كان الفقه الإسلامي قد سبق الأنظمة القانونية الراقية الآن  
في صياغة مبادئ المسؤولية وعاونها على الترقى في هذا المجال فإنه ما يزال قادرا  
على إفادة هذه الأنظمة بما أقامه من توازن بين المسؤولية الفردية والاجتماعية في مجال  
رفع الضرر .

٤٧ - تقنيات حديثة لأحكام الشريعة الإسلامية في الضمان : اهتمت  
البلاد الإسلامية بموضوع الضمان وقتت أحكامه وفق مبادئ الشريعة  
الإسلامية . ومن أهم التجارب الرائدة في هذا المجال وأسبقها ما تضمنته مجلة  
الأحكام العدلية التي أصدرتها دولة الخلافة العثمانية عام ١٢٨٦ هـ - ١٨٧٦ م  
والتي استمر العمل بها في بعض الدول العربية حتى منتصف هذا القرن ولم يته  
العمل بها في الأردن إلا في عام ١٩٧٦ حين صدر القانون المدنى الذى حل محل

المجلة في التطبيق . ويتعلق بأحكام الضمان وقواعده ما يأتي :

١ - القواعد الكلية العامة التي تشكل الأساس العام لنظرية الضمان .  
وذلك كقواعد لا ضرر ولا ضرار ( م ١٩ ) ، والضرر يزال ( م ٢٠ ) ،  
والضرورات تبيح المحظورات ( م ٢١ ) ، والضرورات تقدر بقدرها ( م ٢٢ )  
والضرر لا يزال بمثله ( م ٢٥ ) ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام  
( م ٢٦ ) ، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ( م ٢٧ ) والضرر يدفع بقدر  
الإمكان ( م ٣١ ) ، والاضطرار لا يبطل حق الغير ( م ٣٣ ) والعادة محكمة  
( م ٣٦ ) والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ( م ٤٣ ) والمعروف بين التجار  
كالمشروط بينهم ( م ٤٤ ) وإذا بطل الأصل بصر إلى البدل ( م ٥٣ ) ويلزم  
مراعاة الشرط بقدر الإمكان ( م ٨٣ ) والخراج بالضمان ( م ٨٥ ) والغرم  
بالغرم ( م ٥٨ ) ويضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا ( م ٨٩ )  
والجواز الشرعي ينافي الضمان ( م ٩١ ) إلى غير ذلك مما تضمنته المواد ٩٢  
إلى ٩٧ .

٢ - أحكام الغصب التي جاءت في المواد ٨٩٠ إلى ٩١٢ .

٣ - أحكام الإلتلاف التي تضمنتها المواد ٩١٢ إلى ٩٤٢ .

٤٩ - وقد تأثرت القوانين المدنية التي حلت محل مجلة في العراق  
والأردن والكويت بمنهج المجلة ، ويظهر ذلك على نحو واضح في القانون المدني  
العراق الصادر عام ١٩٥١ م الذي أفرد لأحكام الغصب المواد : ١٩٠  
حتى المادة ٢٣٧ . وتجب الإشارة في هذا الصدد كذلك إلى مشروع القانون  
المدني المصري طبقا لأحكام الشريعة الذي قدم إلى مجلس الشعب المصري عام  
١٩٨١ ، وكان على وشك الصدور لولا استماتة الأجهزة الراغبة عن تطبيق شرع  
الله عز وجل . وقد شمل هذا المشروع أحكام العمل غير المشروع في المواد  
من ١٦٩ إلى ١٩١ . وأحدث التقنيات التي صدرت في العالم الإسلامي متناولة  
أحكام الضمان هو قانون المعاملات المدنية السوداني الذي وضع موضع التطبيق  
في عام ١٩٨٤ . وقد تعرض هذا القانون لأحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية

وأفعال التابعين من خدم ومرؤوسين وغيرهم ، كما تعرض للمسئولية عن الحيوانات والأشياء . وقد شملت نظرية الضمان في هذا القانون المسئولية المهنية والوظيفية بعد اتساع تأثير هذه المسئولية في المجتمع الحديث . وقد تدارك القانون النقص في القوانين السودانية السابقة بوضع الضوابط الأخلاقية والقانونية التي يجب الضمان بمخالفاتها حماية لمصالح المتعاملين مع الموظفين والحرفيين وغيرهم . ويبدو تأثير قانون المعاملات المدنية السوداني بالمذهب المالكى رغم اتساعه لكثير من آراء المذهب الحنفى بإيجاب الضمان على الترك إذا نشأ منه ضرر ، تطبيقاً للقاعدة المالكية : من ترك واجبا في الصون ضمن<sup>(١)</sup> .

وهناك غير هذه التقنيات الرسمية عدد من التقنيات التي صاغها عدد من العلماء بصفتهم الشخصية . من ذلك مرشد الحيران لقدرى باشا ومجلة الأحكام الشرعية للقاضى أحمد بن عيد الله القارى والمقارنات التشريعية للأستاذ سيد عبد الله حسين الذى رتب كتابه على النسق القانونى وإن لم يتبع هذا النسق في الصياغة .

ولعل هذه الجهود المتنوعة أن تيسر طريق هذا البحث وأن تسدده ، وهى توحى على وجه اليقين باجتماع القلوب والعزائم على الرغبة في تطبيق الشريعة ، استعادة مجد تالد وسعياً لحل المشكلة القانونية التي تعاني منها البلاد الإسلامية المتمثلة في عجز القوانين المطبقة فيها عن التلاؤم مع احتياجات مجتمعات هذه البلاد في الأمن والتنظيم والتقدم .

---

(١) تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإفترار للدكتور المكاشفى طه الكباشى ص ٢٠ نشر الزهرى للإعلام العربى الطبعة الثانية ١٤٠٧ - ١٩٨٦ .

الباب الأول : المبادئ العامة

الفصل الأول : مفهوم الضمان وأنواعه

الفصل الثاني : مشروعية ضمان العدوان ومقاصده في

الشرعية وأسسها العامة

الفصل الثالث : أركانه



القسم الأول : مفهوم الضمان وحكمه وأركانه



## الفصل الأول : مفهوم الضمان

٥٠ - تقديم .

يتعلق هذا الفصل ببيان مفهوم الضمان وأنواعه وما يميزه عن غيره من أنواع المسؤوليات الأخرى تمهيدا لتحديد مفهوم ضمان العدوان الذي تتخذه هذه الدراسة موضوعا لها مع مقارنة مفهوم ضمان العدوان في الاصطلاح الفقهي بمفهوم المسؤولية التقصيرية Torts في الاصطلاح القانوني .

ويتعلق هذا الفصل من جهة أخرى ببيان مشروعية ضمان العدوان وحكمة هذه المشروعية أو المقاصد والمغانى التي أرادها الشارع من شرعه لهذا الضمان . ويعرض هذا الفصل أخيرا للمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا الضمان في الشريعة .

٥١ - مفهوم الضمان اللغوي : يدل الضمان في اللغة على عدة معان منها التحمل والمسئولية والالتزام . جاء في لسان العرب : ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به . وضمته إياه : كفله . وفلان ضامن وضمنين : كافل وكفيل . يقال ضمنت الشيء أضمنه . ضمانا فأنا ضامن ، وهو مضمون . وفي الحديث : « من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخله الجنة . أى ذو ضمان .. » والحديث مرفوع في الصحاح عن أبي هريرة بمعناه . وفي القاموس المحيط أن قولك ضمنت الشيء تضمينا فتضمنه عنى بمعنى غرمته . فالتزمه . وقد وردت هذه الكلمة في السنة النبوية بهذا المعنى في مواطن كثيرة . من ذلك قوله ﷺ : « الخراج

بالضمان<sup>(١)</sup>، وقوله : « الإمام ضامن والمؤذن مؤمن » وقوله « وإن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها »<sup>(٢)</sup> . وقوله « من تطيب ولم يكن بالطيب معروفا فأصاب نفسه فما دونها فهو ضامن »<sup>(٣)</sup> . وقد ورد كذلك فيه عليه السلام عن ربيع ما لم يضمن<sup>(٤)</sup> . وهى بهذا المعنى فى كتب الآثار المتقدمة فى تاريخ تأليفها ومن المعالى الغوية للضمان والتضمن شغل الشئ بغيره واشتاله عليه ، كما فى قولهم ضمن الرعاء الشئ وتضمنه وضمته إياه وهى فى ضمانه بمعنى إحرازه فيه واشتاله عليه . ومن ذلك أن تقول ضمن كتابه أو كلامه معنى حسنا . ومن هذا المعنى قولهم - كما جاء فى لسان العرب - شرايك مضمن إذا أودعته الكوز أو الإناء . ومنه قولهم الضامنة من النخيل ، فاعلة بمعنى مفعولة ، بمعنى ما يكون فى القرية من النخيل وما يشتمل عليه سورها . وفى هذا المعنى جاء فيه عليه السلام عن ربيع الملاقيح المضامين<sup>(٥)</sup> . والملاقيح ما فى بطن الناقة ، أما المضامين فتعنى ما اشتمل عليه أصلاب الفحول .

وقد ورد الضمان والضمانة والضمنة بمعنى المرض والزمانة والعلة المستديرة التى تلزم صاحبها مكانه كما تلزم المهدة الكفيل حسبا جاء فى أساس البلاغة توضيحها لعلاقة هذا المعنى المجازى لكلمة الضمان بمدلولها الحقيقى . ومن ذلك قولهم رجل مضمون اليد أى غيبونها ومعلولها ، كما جاء فى القاموس المحيط ، والمضمن من أليات الشعر ما لا يتم معناه إلا فى البيت التالى له ، وعده أكثرهم عيبا فى الشعر . وفى حديث عبد الله بن عمر « من أكتب ضمنا بعثه الله ضمنا

(١) فى بعض طرق هذا الحديث أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله أنه يقيم ، ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى رسول الله ﷺ فردده عليه . فقال الرجل يا رسول الله قد استعملت عبدي فقتل المخرج بالضمان ، وهو حديث صحيح رواه ابن حبان وأبو داود والترمذى والنسائى فى كتاب البيوع وابن ماجه فى التجاريف ومسند أحمد بلفظ آخر : ٨٠/٦ ، ١١٦ ، ١٦١ .

(٢) أبو داود كتاب الصلاة والترمذى فى الموقيت وابن ماجه فى الإقامة ومسند أحمد : ٢٣٢/٢ ، ٢٨٤ ، ٣٨٢ .

(٣) الموطأ كتاب الأضحية ومسند أحمد : ٤٣٦/٥ .

(٤) أبو داود البيهات وابن ماجه فى الطب والنسائى فى القسمة .

(٥) الموطأ كتاب البيوع .

يوم القيامة « ومعناه أن من سأل كتابة نفسه في ديوان الزمنى ليعذر عن الجهاد ولا زمانة به بعثه الله يوم القيامة زمناً . وفى الأثر أنه كان لعامر بن ربيعة ابن أصابته رمية يوم الطائف فضمن منها أى زمن . وفى الأثر كذلك أنهم كانوا يدفعون المفاتيح إلى ضمانهم ويقولون إن احتجتم فكلوا<sup>(١)</sup> .

**٥٢ - المفهوم الاصطلاحى :** يطلق الضمان فى الاصطلاح الفقهى ويراد به المعالى التالية :

الأول ، وهو أخص إطلاقاته ، إرادة معنى الكفالة به . وقد وردت كلمة الضمان بهذا المعنى عنواناً لمبحث الكفالة فى كتب الفقه المالكى والشافعى والحنبل . وهم يعرفونه بهذا الاعتبار تعريفاً للكفالة ، فيعرفه الدسوقي بأنه ( شغل ذمة أخرى بالحق )<sup>(٢)</sup> بناء على أن الدين ينتقل بالضمان عند المالكية إلى ذمة الضامن أو الكفيل . أما الشافعية فيعرفون الضمان بهذا الإطلاق بأنه ( ضم ذمة إلى أخرى )<sup>(٣)</sup> على أساس أنهم يتفقون مع الجمهور فى أن ذمة الأصيل مطالبة بالحق ومشغولة به مع ذمة الكفيل وأن الضمان لا ينتقل الدين إلى ذمة الكفيل . وقد سلك الحنابلة هذا المسلك فعنونوا للكفالة بعنوان الضمان وعرفوه تعريفها<sup>(٤)</sup> . ومع ذلك فقد عنون البهوتى للكفالة فى كشف القناع بعنوان أكثر طولاً هو ( باب الضمان والكفالة وما يتعلق بهما )<sup>(٥)</sup> مما يؤكد قضية استعمال أحد هذين اللفظين فى محل الآخر فى هذا السياق . وقد تابعت مجلة الأحكام الشرعية الاصطلاح الحنبلى فاختارت عنوان الضمان لمبحث الكفالة ، وعرفت الضمان لذلك بأنه : ( التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقاءه عليه ، أو هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالا أو مآلاً )<sup>(٥)</sup> . وفى هذا الاتجاه يطلق ضمان الترك فى المذاهب أو عهدة المبيع على ( ضمان ثمن المبيع أو جزؤه

(١) لسان العرب مادة ضمن .

(٢) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٠ .

(٣) المهلب ١/٣٩٩ .

(٤) مسمى الإرادات للبهوتى : ٢/٢٤٥ .

(٥) اللغة ١٠٦١ .

من لأحد المتبايعين عن الآخر<sup>(١)</sup> . وتقابل الكفالة عند الحنابلة مفهوم الكفالة بالنفس عند الأحناف وهم يعرفونها لهذا بأنها (هى التزام إحضار من عليه حق مالى إلى ربه)<sup>(٢)</sup> . ويتفق الإمامية مع الحنابلة فى التفريق بين الضمان والكفالة على هذا الأساس<sup>(٣)</sup> .

أما الأحناف فقد تناولوا أحكام الكفالة تحت عنوانها الخاص بها وإن كانوا قد استخدموا عنوان الضمان فى بعض الأحوال لتناول أحكام الكفالة تحته ، كما فعل المرغيناني ومحمد بن الحسن<sup>(٤)</sup> .

وقد ورد هذا المعنى الخاص للضمان فى السنة ، فقد روى أبو سعيد الخدرى أن النبى ﷺ حضر جنازة فقال هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا نعم ، درهمان . فقال ﷺ : صلوا على صاحبكم فقال على رضى الله عنه : أنا لمما ضامن . فقال ﷺ فصلى عليه .

٥٣ - والمعنى الثانى للضمان أعم من سابقه ، ويراد به شغل الذمة بما أوجب الشرع الوفاء به لسبب من الأسباب التى تنشئ . ويقترب مفهوم الضمان بهذا المعنى من مفهوم الالتزام فى الاصطلاح القانونى . وقد عرفه المرحوم الشيخ على الخفيف بما يقرب من هذا المفهوم فقال بأن الضمان عبارة عن شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل لسبب من الأسباب الموجهة له<sup>(٥)</sup> .

ويشمل الضمان بهذا المعنى : ١ - ما وجب فى الذمة نتيجة لإلزام الشخص نفسه بإرادته المنفردة . ٢ - ما وجب بعقد من العقود كالبيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن . ٣ - ما وجب بفعل أو ترك غير مشروعين تسببا فى إلحاق الضرر بالغير ضررا أوجب الشارع رفعه . ٤ - ما وجب بفعل نافع للغير كالإنفاق على مال هذا الغير .

(١) مجلة الأحكام الشرعية ، المادة ١٠٦٥ و مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٦١٦ .

(٢) مجلة الأحكام الشرعية (م ١٠٦٦) .

(٣) تحرير الوسيلة للزمخشري ٢/٢٥ ، ٣٤ .

(٤) انظر : الحاشية ٩٥/٣ والجامع الكبير ص ١٩٧ .

(٥) الضمان ٩/١ .

وتتفق أسباب الضمان - طبقاً لما يرسمه التعريف السابق - مع أسباب الالتزام في التفكير القانوني. ولذا وجد صاحب هذا التعريف نفسه مضطراً إلى تناول هذه الأسباب في مقدمة كتابه الرائد (الضمان في الفقه الإسلامي) الذي نشو عام ١٩٧٣، كما أن هذا التعريف هو الذي حمله على الاستطراد إلى تناول أبواب معينة كالكفالة والوكالة وغيرها مما يدخل في موضوع الضمان بهذا المعنى الواسع الذي يقترب من المفهوم اللغوي للكلمة.

وتجدر الإشارة إلى أن الضمان بمعناه الأعم الواسع لا تعلق له بما وجب على المرء من عقوبة أو جزاء على ما ارتكبه من جنائيات، فإن هذه العقوبات لا تجب في الذمة إلا إذا كانت غرامة مالية كالكفارات، كما أنها لا تدخل ضمن الأسباب السابقة. ويجب لذلك الفصل بين المسؤولية الجنائية وبين الضمان في الاصطلاح الفقهي، وهو ما يبدو من تتبع مسلك الفقهاء.

٥٤ - أما المعنى الثالث للضمان فيتصل بالتعريف الثاني، وينظر فيه إلى أداء هذا الذي وجب في الذمة لسبب من الأسباب السابقة. وتقصره بعض التعريفات على أداء الواجب في الذمة للتعدي بارتكاب فعل أو ترك ضار بالغير. من ذلك التعريف الذي يمكن اشتباطه مما أورده الغزالي، وهو أن الضمان (واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة)<sup>(١)</sup> أو هو (أداء غرامة التالف)<sup>(٢)</sup> في التعريف الذي يستخلص مما أورده الشوكاني. وعلى سبيل المقارنة فإن تعريف الغزالي خاص بالتعدي في الأموال. أما تعريف الشوكاني فيدخل فيه أداء ما وجب في الذمة بالتعدي على الأموال أو على الأبدان. وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بتعريف للضمان قريب من تعريف الغزالي، ويرد عليه ما ورد على تعريف الغزالي من نقض؛ فقد جاء في المادة ٤١٦ أن الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات.

٥٥ - وقد تبعت بعض التعريفات الحديثة تعريف الشوكاني، وقصرت

(١) الوجيز: ٢٠٨.

(٢) نيل الأوطار ٢٩٩/٥.

مفهوم الضمان على أداء ما وجب في الذمة نتيجة التعدى بارتكاب فعل أو ترك  
أثر بالغير ضرراً أو يجب الشارع رفعه . من ذلك التعريف الذى اختاره الأستاذ  
الزرقا للضمان وهو أنه ( الالتزام بتعويض مالى عن ضرر بالغير )<sup>(١)</sup> . ولا يختلف  
التعريف الذى اختاره الدكتور وهبة الزحيلي عن هذا التعريف ؛ فالضمان  
عنده هو ( الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المالى أو ضياع المنافع أو الضرر  
الجزئى أو الكلى الحادث بالنفس الإنسانية )<sup>(٢)</sup> .

ويرد على تعريف الزغالى والمجلة أنه يحصر الضمان فى المسؤولية الناشئة  
عن التعدى بغصب الأموال أو إتلافها دون سند يبرره من الاستعمال اللغوى  
أو العرف الفقهي أو عرف الشارع أو قصده . والقاعدة الأصولية وجوب حمل  
اللفظ على معناه الذى حدده الشارع وإلا وجب حمله على معناه المعروف  
فى الاستعمال الفقهي العرفى أو اللغوى . ويرد على هذا التعريف كذلك استبعاده  
للضمان الناشئ عن العقد الذى يدرجه الفقهاء ضمن مباحثهم للضمان . ويؤدى  
هذا التعريف الناقص للضمان إلى الإخفاق فى متابعة نظرية الضمان التى صاغها  
الفقهاء ، مما يعد المقصد الأساسى لأية دراسة فى هذا الموضوع .

٥٦ - أما تعريفات الشوكاتى والزرقا والزحيلي فتشترك فى إطلاق الضرر  
وسببه الموجب للتعويض . وبهذا الإطلاق يشمل الضمان ما وجب فى الذمة رفعاً  
للضرر الناشئ بمخالفة العقد أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع فى ذاته  
أو باعتبار ما يؤول إليه من مفسد . ويشير البردوى إلى التفريق بين نوعى  
الضمان بقوله ( ضمان العقد فاسداً كان أو جائزاً يجب بالتراضى ، وضمان  
العدوان يعتمد أو صاف العين )<sup>(٣)</sup> . وقد أشار السرخسى إلى هذا التفريق  
كذلك<sup>(٤)</sup> ، كما يدل عليه تفصيل السيوطى لأسباب الضمان بالتعدى فى مقابلة ما  
أسماه بضمان العقد<sup>(٥)</sup> .

(٤) المبسوط : ٦٩/١١ .

(٥) الأشباه والنظائر : ٣٦٢ .

(١) المدخل الفقهي العام : ١٠٣٢/٢ .

(٢) نظية الضمان : ١٦ .

(٣) أصول البردوى ص ٣١ .

والتعريف الذى أستخلصه من هذه الملاحظات السابقة وأجده أوفق لمقصود هذا البحث وأوضح فى الدلالة عليه من غيره أن الضمان هو شغل الذمة بحق مالى أو جيب الشارع أدائه جبرا للضرر لحق بالغير فى ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا أو مآلا .

٥٧ - ويتضمن هذا التعريف المعانى التالية :

(أ) - محل الواجب بالضمان هو الذمة . ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه أو الإبراء منه ممن له حق الإبراء . وللمتضرر حق رفع الأمر إلى القضاء لجبر المتسبب فى الضرر على الوفاء بحقه . ويختلف ذلك عن الواجب خلقا وديانة لا قضاء مما رغب فيه الشارع وحث الناس على الوفاء به دون أن يرتب جزاء فى الدنيا على المخالفة . وهو خطاب الترغيب الذى يشمل المكروهات والمنهيات فى الاصطلاح الأصولى . والذمة فى اللغة هى العهد ، وفى عرف الفقهاء وصف يعبر به الإنسان أهلا لماله أو عليه ؛ وأهل الذمة هم المعاهدون الذين أصبحوا بحكم معاهدتهم أهلا لثبوت الحقوق والواجبات<sup>(١)</sup> . ويعكس اكتشاف الفقهاء لهذا الوصف قبرعهم على التخيل وإحاطتهم بما تمليه الصناعة الفنية للعمل التشريعى . فقد أمكنهم بهذا الاكتشاف المبكر أن يقيسوا المسئولية ومباحث الأهلية على أسس واضحة . والذمة ، فيما يذكره التفتازانى ، ظرف يستقر فيه الوجوب دلالة على كمال التعلق وإشارة إلى أن هذا الواجب هو باعتبار العهد والميثاق الذى أخذه الله على عباده وهو ألا يخالفوا أحكامه<sup>(٢)</sup> .

(ب) يختلف الواجب بالضمان عن العقوبة فى طبيعته والمقصود منه ، إذ الواجب بالضمان إنما شرع رعاية لحقوق العباد على حين شرعت العقوبة فى مقابلة التعدى على حقوق الله عز وجل . وقد شرع الواجب فى الضمان تجبرا

(١) التوضيح : ٧٥١/٢ .

(٢) الطوطم على التوضيح : ٧٥١/٢ .

للضرر الواقع على الفرد بينما شرعت العقوبة للزجر عن الجناية . وسيأتى تفصيل ذلك فى مناسبتة .

(ج) سبب الضمان هو التعدى بارتكاب فعل محظور شرعا أو ترك أداء واجب من الواجبات . غير أن هذا التعدى قد يكون بمخالفة عقد أو جب الشارع الوفاء به كالمودع إذا لم يحفظ مال الوديعة أو يقصر فى حفظها ، وكالأجير والمستأجر إذا خالفا شروط الإجارة . وقد يكون التعدى بمخالفة أحكام الشريعة ، كإتلاف مال الغير أو غصبه ، وكالإهمال فى قيادة دابته إذا أضر بغيره .

(د) يشترط فى التعدى الموجب للضمان أن ينشأ عنه ضرر .

أما لو حدث التعدى دون ضرر فلا ضمان ، لأن الحكم به لجبر الضرر ورفعہ ولم يوجد . ولذا فإنه لو أهمل فى قيادة سيارته واصطدم بمتاع غيره دون أن يؤثر فيه أو يعييه لم ينشأ الضمان . وفيناك مع ذلك بعض الأفعال الموجبة للضرر بذاتها ، كالغصب فإنه يضمن منافع المغصوب ولو لم يكن معدا للاستغلال عند الجمهور . وهذا نوع من افتراض الضرر والتعويض عنه . ويفترض وقوع الضرر كذلك فى تقييد حرية الشخص وحبسه حبسا غير مشروع عند فقهاء الحنابلة وفى المرجوح عند الشافعية ، مما يشبه بعض أنواع المسؤولية المطلقة Strict Liability فى القانون الإنجليزى . وهذه الاستثناءات تؤكد القاعدة القاضية بأن الضرر شرط لوجوب الضمان .

(هـ) يشترط كذلك قيام علاقة السببية بين التعدى والضرر ، بمعنى إسناد الضرر ونسبته إلى فعل المتعدى . أما لو أضيف الضرر إلى سبب آخر غير فعل المتعدى فلا يجب عليه الضمان ، حتى لا يكون مسئولا عن غير فعله ، والقاعدة الشرعية ألا تزر وزر أخرى وألا يؤاخذ بمجرية غيره . ولذا لو ألقى شخص غيره فى ماء ضحل غامتنع عن الخروج منه مع قدرته عليه حتى مات لم ينسب الموت إلى فعل المتعدى بالإلقاء .

(و) عموم الضرر الذى قصد الشارع إلى جبره وعدم اختصاص الضرر المقصود رفعه بنوع منه دون آخر ، إلا إذا كان من التفاعة بحيث لا يعد ضررا فى عرف الناس . دليله إطلاق قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . وإنما تعين حمل

الضرر على معناه العرفي بناء على قاعده الأصولية التي توجب حمل اللفظ على معناه المحدد في الشرع. إن وجد ، وإلا وجب حمله على معناه العرفي ، ولم يخص الشارع ضررا بالرفع دون غيره فوجب اتباع المعنى العرفي الذي كان لهذا اللفظ في عصر الرسالة . وبهذا يشمل الضرر الواجب التعويض لجميع الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال ومنافعها وبالنفس الإنسانية وبالحقوق المالية الأخرى . وبهذا فإنه لا محل لما ذكره الدكتور عبد الرزاق السنهوري من أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي ذات أبعاد ضيقة ومحددة بما يرد على أعيان الأموال ، مما سأناقشه في حينه من هذا البحث .

(ز) يجرى تقدير التعويض الواجب بالتعدي بقدر الضرر ، لأن المقصود هو جبره . لا زجر المتعدي وإن تحقق ذلك بالمقصود الثانوي لفرض الضمانات .

#### ٥٨ - المسؤولية المدنية والضمان : يرمي مصطلح المسؤولية المدنية Civil

liability في التشريع القانوني عنوانا على ما وجب في الذمة لحق الغير جبرا للضرر الواقع عليه بمخالفة العقد أو بالتعدي بارتكاب فعل غير مشروع . والالتزامات Obligations بهذا أعم من المسؤولية المدنية التي تنحصر في قيام واجب التعويض عن الضرر الناشئ بمخالفة العقد أو ارتكاب فعل غير مشروع . أما الالتزامات فتشمل كل ما ينشأ في الذمة بالإرادة المنفردة والعقد وارتكاب فعل غير مشروع والكسب غير المشروع أو الإنفاق على مال الغير بالتعبير الفقهي . وتنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين كبيرين . أولهما المسؤولية العقدية Contractual liability التي تنشأ إذا تخلف أحد العاقلين عن الوفاء بما أوجبه العقد ، دون عذر طارئ يبرر هذا التخلف ، ولم يكن من الممكن إجبار هذا المتعاقد على الوفاء بالمعقود عليه ، وأدى تخلفه هذا إلى الإضرار بالعاقد الآخر<sup>(١)</sup> . وبهذا التحديد تندفع مسؤولية المتعاقب عن الوفاء بالعقد في الأحوال التالية : ١ - إذا كان امتناعه راجعا إلى سبب أجنبي لا يمكن التحرز منه . ٢ - إذا رجع امتناعه لعذر طارئ يسمح فسخ العقد . ٣ - إذا أمكن دفع الضرر بإجباره على تنفيذ العقد تنفيذا عينيا

(١) الوسيط للسنهوري : ٦٥٣/١ .

Specific performance. ٤ - إذا لم يؤد الامتناع عن الوفاء بالعقد إلى الإضرار بالطرف الآخر .

أما القسم الثانى من المسؤولية المدنية فهو المسؤولية التقصيرية Tortious Liability وهو تعنى ما يعنيه ضمان المدون .

٥٩ - وقد وردت كلمة المسؤولية فى النصوص الشرعية ؛ فمن ذلك قوله تعالى : ﴿ إن العهد كان مسؤولاً ﴾<sup>(١)</sup> أى مجازى به ، وقوله : ﴿ وقومهم إنهم مسؤولون ﴾<sup>(٢)</sup> ، وقوله ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » ، ومعنى تلك الكلمة فى هذه النصوص التبعية والمواخضة والمجازاة عن العمل الذى يقوم به المرء . وترادف كلمة المسؤولية بهذا المعنى مصطلحى التكليف والأهلية فى الاصطلاح الأصولى .

غير أن الفقهاء لم يلتفتوا إلى تقسيم المسؤولية أو التكليف هذا التقسيم الذى أخذ به التفكير القانونى . وقد ركزوا بدلاً من ذلك على النظر إلى نتائج هذه المسؤولية أو التكليف وما يجب بهما بالتفريق بين الجوارير والزواجر . والزواجر أو العقوبات هى موجب التكليف أو الخطاب الجنائى على حين تعد الجوارير تكليف أو مسؤولية تنشأ عن الحكم بالضمان .

٦٠ - وهذه الجوارير المالية أو التعويضات إنما تثبت فى الذمة رفعاً للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء فى سلامة نفسه وبدنه وسمعته وماله وحقوقه المالية الأخرى . كما أن هذه الجوارير تجب فى الذمة رفعاً للضرر الناشئ عن التعدى بمخالفة أحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك . وبهذا فإن الضمان يجب بالتعدي رفعاً للضرر ، سواء رجع هذا التعدى إلى : ١ - التخلف عن الوفاء بالمعقود عليه ، مما يعد مخالفة للأصل الشرعى القاضى بوجوب الوفاء بالمعقود والعهود فى قوله : ﴿ يأيتها الذين آمنوا

(١) الإسراء : ٣٤ .

(٢) الصافات : ٣٧ .

أوفوا بالعقود<sup>(١)</sup> وفي قوله ﴿أن العهد كان مستثلاً﴾<sup>(٢)</sup> ٢٠ - مخالفة الأحكام الشرعية العامة بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمة مما لا يرجع إلى وجوب الوفاء بالعقود .

٦٠ - وهناك احتمالان في تحديد علاقة المصطلحات الفقهية بهذين النوعين

من الضمان :

أولهما : إطلاق المصطلح الفقهي ( ضمان العنوان ) على هذين النوعين من الضمان ، بحكم اشتراكهما في الموجب أو السبب وهو التعدي ومخالفة أحكام الشارع العامة أو الملزمة بالوفاء بالعقد . ويشترك هذان النوعان كذلك في اشتراط الضرر وقيام علاقة السببية بين التعدي وحدث الضرر . ولا يختلف التعدي في الضمان الناشئ بمخالفة العقد عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية من الوجهة الفنية ، بحكم أن مصدر الإلزام فيها واحد ، هو الشرع ، فإنه هو الذي ألزم بالوفاء بالعقود وهو الذي أوجب احترام الحقوق العامة للأفراد . وفي هذا الصدد فإن التفريق بين هذين النوعين من الضمان في التذكير القانوني لا يقوم على أسس نظرية مقننة ، وإنما يجري التفريق بينهما لاعتبارات عملية بحته سأوضحها في مناسبتها من هذا البحث .

والثاني : قصر إطلاق مصطلح ( ضمان العنوان ) على أحوال وجوب التعويض عن الأضرار الناشئة من اتعدي بمخالفة الأحكام الشرعية العامة التي تمنع من التعرض للغير في بدنه وأمواله وحقوقه المالية الأخرى ، وإطلاق مصطلح ضمان العقد عنواناً على أحد المعنيين التاليين : ١ - ضمان تعويض الضرر الناشئ عن مخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به . وإنما يستفاد هذا المعنى من التركيب ( ضمان العقد ) بتقدير محذوف هو المخالفة أو عدم الوفاء بالعقد . ويجري هذا التركيب بهذا التقدير على معنى ضمان مخالفة العقد ، أو ضمان عدم الوفاء بالعقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يرره . ويسوغ إطلاق ضمان العقد

(١) الثالثة : ١

(٢) الإبراء : ٣٤

بهذا المعنى تلك الاعتبارات العملية القاضية بفصل الضمان بمخالفة العقد عن ضمان التعدى بالتعرض للآخر في حقوقه التي قصد الشارع إلى حفظها . ومن أهم هذه الاعتبارات التحكين من أفراد كل منهما بالبحث في حيز مناسب يسر تناوله والإحاطة بأحكامه دون مشقة أو حرج بعد اتساع المباحث الخاصة بكل منهما ، نظرا لظروف العصر . ويسوغ إطلاق ضمان العقد على هذا المعنى سهولة مأخذه من المصطلح الفقهي واقتربه من المعنى اللغوي لإضافة الضمان إلى العقد . إذ تنفيذ هذه الإضافة قيام نوع من المسؤولية يتحملها المتعاقدان بوجود الوفاء بشروط العقد وأحكامه . وتقدير الحذف مما هو معهود في الاستعمالات اللغوية . ٢٠ - إطلاق ضمان العقد بمفهوم آخر يرجع إلى العقود عليه ويشمل محل العقد وتوابعه وما يلزم لاستيفائه . وإنما يجري إطلاق التركيب ضمان العقد بهذا المعنى على نية محذوف تقديره ضمان محل العقد وتوابعه . وهذا الإطلاق هو الأكثر شيوعا في لغة الفقهاء واستعمالاتهم ؛ فإنهم يبحثون تحت عنوان ضمان البيع - على سبيل المثال - كلا من ضمان المبيع وضمان الثمن وتوابعهما ، كما يبحثون الضمان في الإجارة لتناول أحكام التعدى في المأجور والأجرة والمنفعة . وتجرى مجلة الأحكام العدلية والشرعية على تناول أحكام الضمان في آخر كل عقد باتباع هذا الأسلوب ومع ذلك فإن السيوطي في تعريفه لضمان العقد يختار تقييده بضمان محل العقد الثمين في صلبه مستبعدا بذلك ما يعد من توابعه كالمأجور في الإجارة ، والمستعار في الإعارة التي تدخل في ضمان اليد المؤتمنة . وعبارته : ( ما يضمن ضمان عقد هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح )<sup>(١)</sup> .

٦٢ - والمناسب لهذا البحث إطلاق مفهوم ضمان العدوان على وجوب رفع الضرر الناجم عن التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية التي تمنع من التعرض للضرر في حقوقه التي كفلها الشارع على حين يختص ضمان العقد بالمسؤولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد . ويتطابق مفهوم الضمان بهذا التحديد مع مفهوم المسؤولية المدنية في التفكير القانوني .

(١) الأشباه والنظائر : ص ٣٦١ .

ويرجع الضمان والمسئولية المدنية إلى واجب واحد ، إذا اتبعنا هذا الفهم ، هو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدي على الغير في أى حق من حقوقه . سواء كان هذا التعدي بارتكاب فعل محرم في ذاته أو بالنظر إلى مآله أذ بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به ..

٦٣ - بين الضمان والعقوبة : يشترك الضمان والعقوبة . في السبب الموجب لهما ، وهو التعدي بمخالفة أحكام الشارع الملزمة في السلوك ، وارتكاب المحظورات الشرعية التي نهى الله عز وجل عنها وتوعد على فعلها بالجائزة والمؤاخذه والمساءلة . ومقتضى هذا الاشتراك عدم وجوب الضمان ولا العقوبة إلا بالتعدي . ويستند كل من الضمان والعقوبة كذلك إلى أساس واحد ، هو مؤاخذه كل امرئ بفعله ومسئوليته عما تسبب فيه فعله من إضرار بغيره . وقد أرسى القرآن الكريم هذا المبدأ في مظان متعددة . من ذلك قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ . وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾<sup>(١)</sup> وقوله ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله : ﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾<sup>(٣)</sup> . ويربط القرآن الكريم المسؤولية بالعمل الإنساني لا بالأمانى والأهواء والرغبات ، وذلك في قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ بِأَمَانِيكُمْ وَلَا أَمَانِي أَهْلُ الْكِتَابِ مِنْ يَعْمَلْ سُوًّا يُجْزَ بِهِ ﴾<sup>(٤)</sup> ..

ويشارك الضمان والعقوبة من جهة أخرى في القصد إلى الحث على عدم التعدي بزجر المعتدى ورفع أثر عدوانه وتحميلة الضرر الناشئ عن فعله .

٦٤ - غير أنهما يختلفان في الأمور التالية :

شرعت العقوبات لزجر الجناة عما يرتكبونه من محظورات شرعية زجر الله عز وجل عن فعلها بحد أو قصاص أو تعزير . ولذا فإن الجرائم والعقوبات محددة

(١) الزلزال : ٧ ، ٨ . (٢) النحر : ٣٨ . (٣) البقرة : ٢٨٦ . (٤) النساء : ١٢٣ .

شرعا ، طبقا لبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يمنع القاضى أو المحاكم من فرض عقوبة على فعل لم يجرمه الشارع . وتطبيق هذا المبدأ على الحدود والقصاص مما لا يحتاج إلى بيان ، حيث حدد الشارع الجريمة والعقوبة ، بدون إعطاء أية سلطة تقديرية لأحد . أما التعازير فقد حدد الشارع جرائمها وعقوباتها ولم يترك للقاضى إلا سلطة التخير من بينها فى ضوء شخصية الجانى وجسامته جرمه وظروف ارتكابه جرمته . ويشبه الأسلوب المتبع فى القوانين الحديثة حين قدرت لأكثر الجرائم حدا أدنى وحدا أعلى للعقوبة ، تاركة للقاضى التخير بين هذين الحدين ، مراعاة لما تقتضى به العدالة من تخفيف أو تشديد فى العقوبة . أما الضمان فقد شرع لجبر الضرر الناشئ عن التعدى وإن أفاد الزجر بالقصد الثانى لا بالقصد الأول . ويتعلق الضمان بسببه وهو التعدى شريطة حدوث الضرر وقيام علاقة السببية بين كل من التعدى والضرر . وبهذا فإن الأفعال الموجبة للضمان ليست محددة لتحديد الأفعال الموجبة للعقوبة ، والأولى أكثر من الأخرى أو أن دائرة التكليف فى الضمان أوسع من دائرته فى الجنائيات والعقوبات .

(ب) الفعل الموجب للضمان قد لا يكون جريمة ، ولهذا لا تشترط فيه النية أو القصد إلى إيقاعه . ويترتب على ذلك الحكم بضمأن الصغير والمتوه والمجنون والمخطيء والناسى والنائم والمهمل وغيرهم ممن لا يقصدون إيقاع الفعل أو لإحداث الضرر . أما الجريمة فإنها لا تنشأ إلا بقيام ركنها المعنوى وهو القصد إلى الفعل واتجاه النية إلى نتيجته .

(ج) طبيعة الحق المتحدى عليه فى الضمان مختلفة عنه فى الجرائم ، فالمعدون الموجب للضمان متجه إلى حقوق الأفراد أو حقوق العباد فى الاصطلاح الفقهى على حين أن العدوان فى الجرائم على حقوق الله عز وجل . وإنما أضيفت هذه الحقوق لله عز وجل رغم غيابه عن عباده وعدم استضراره بأفعالهم إشارة إلى خطورة هذه الحقوق فى الحياة الاجتماعية ودلالة على وجوب حمايتها والرجوع عن التعرض لها<sup>(١)</sup> . ومع ذلك فقد يوجب الفعل الواحد كلا من الضمان

(١) فتح القدر يشرح للدار لابن نجيم ٦٠/٣ .

والعقوبة إذا اجتمع فيه التعدى على حقوق الله عز وجل وحقوق العباد . فالمسلم إذا شرب خمر ذمى وجب عليه الضمان بالنظر إلى تعديه على ما يعده غير المسلم مالا ، كما تجب عليه العقوبة بالنظر إلى تعديه على حق من حقوق الله عز وجل . ومثل ذلك في السرقة الخفية الموجبة للضمان عند غير أى حنيفة لتعلق كل من حق الله وحق العبد بارتكابها<sup>(١)</sup> .

ويحمل ما ذكره بعض الفقهاء في رجوع مشروعية التعزير لحقوق العباد<sup>(٢)</sup> على عدم الدقة ؛ فإن عقوبة التعزير واردة في المقام الأول لحفظ حقوق الله عز وجل ، وورودها لحفظ مصالح العباد إنما هو في المقام الثانى . والقاعدة التى يذكرها ابن نجيم أنه لا يوجد حق لله إلا وفيه حق العبد<sup>(٣)</sup> . وإطلاق التعزير على التعدى المتعلق بحقوق العباد من قبيل المجاز ، والأغلب أن تكون العقوبة في هذه الأحوال بالغرامة المالية .

(د) ترتب على تعلق الضمان بحقوق العباد أنه لا حق للإمام في العفو عن المعتدى ، على حين أعطته الشريعة هذا الحق بالنسبة لجرائم التعزير . كذلك فإن الحق في رفع دعوى الضمان للمتضرر بخلاف الدعوى الجنائية التى تعد من دعاوى الحسبة في الشريعة والتى يحق لأى مسلم تحريكها ورفعها إلا في دعوى القذف فإن المظلوم أو ورثته هم الذين يحق لهم رفع الدعوى فيه .

٦٥ - وقد بسط العز بن عبد السلام والقراي هذه الفروق في فصل خاص عقدها للمقارنة بين الزواجر والجوابر . وخلاصة ما ذكره أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح ، وأن الزواجر مشروعة لدرء المفاصد . ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه بخلافاً للزواجر التى تجب في مقابلة الإثم ، ولهذا شرع الجبر في الخطأ والجهل وعلى المجانين والصبيان . وكذلك

(١) التشريع الجنائى لعبد القادر عودة : ٧٦/١ .  
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٤٥/٥ والبدائع ٦٣/٧ .  
(٣) فتح الباز ٥٩/٣ .

فإن الجوايز تقع في الأموال والعبادات والنفوس والأعضاء والجراح والمنافع بخلاف الزواجر فإنها تقع في الجنائيات والمخالفات . وفي ذلك يذكر العز والقرافي أن ما رتبته الشارع على النفوس والأعضاء والجراح من ديات أو كفارات أو حكومة عدل فجوايز وما رتبته الشارع عليها من القصاص أو الضرب أو السجن أو التأديب فزواجر<sup>(١)</sup> .

٦٦ - من ذلك يتضح بما لا يدع مجالاً للشك أن الفقه الإسلامي هو الذي سبق القوانين الغربية إلى صياغة التفريق بين العقوبات والضمانات ، وأن هذه القوانين قد حذت حذو الفقه الإسلامي في هذا التفريق الذي يخالف بين المسئولين المدنية والجنائية في نوع الجزاء وقصد الشارع منه<sup>(٢)</sup> وعلى الرغم من وضوح النصوص الفقهية في إقامة هذا التفريق فإن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يتحدث عن أن القانون الجنائي في الفقه الإسلامي لم يتصل انفصالاً تاماً عن القانون المدني على النحو الذي آله إليه الأمر في القوانين الغربية ؛ فالجرائم التي تعتبر اليوم في الفقه الغربي جرائم جنائية يعاقب عليها الفقه الإسلامي تارة بعقوبات عامة وتارة بعقوبات خاصة وتارة بجزاء يجمع بين معنى العقوبة ومعنى الضمان كالدية<sup>(٣)</sup> . ومرد هذه الشبهة أن الدكتور السنهوري يفرض على الفقه الإسلامي المنهج التطوري الذي يدرس به القانون الغربي . ويطرد هذا المنهج عنده ، فيزعم على سبيل المثال أن الفقه الإسلامي لم يعرف حوالة الدين لغموض معرفته بحوالة الحق وعدم وضوح أحكامها فيه بناء على أن الفقه الغربي لم يعرف حوالة الدين إلا في مرحلة تالية على اكتشافه لأحكام حوالة الحق<sup>(٤)</sup> . ويقتضي هذا المنهج ألا يكون الفقه الإسلامي قد عرف مبدأ الفصل بين المسئولين المدنية والجنائية أسوةً بنظرة الغربي الذي لم يعرف هذا الفصل بصفة نهائية إلا في العصر

(١) قواعد الأحكام : ١٧٨/١ وما بعدها والفروق ٢١٣/٢ وانظر أيضاً حجة الله البالغة : ١٥٨/٢ .

(٢) انظر ذلك في : Salmond on Jurisprudence, 12th edition P. 409 and Poter's Introduction to English Law P. 356 .

(٣) الوسيط : ٤٢١/٣ وما بعده وانظر في الرد عليه : العقود الشرعية هامش ص ٣ ٤٧ .

المحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة للدكتور عيسى عبيد ص ٢٢٤ وما بعدها ، دكر الاعتصام ١٩٧٧ .

الحديث<sup>(١)</sup> . لكن فرض مراحل التطور التي مر بها الفقه الغربي على الفقه الإسلامي أمر خاطيء من الناحية المنهجية ، لا استقلال كل منها عن الآخر في الظروف التي خضع لها . ومن الناحية الواقعية التاريخية فإن النصوص السابقة المنقولة عن فقهاء المسلمين كافية في نفي هذه الشبهة وإثبات وضوح التفريق بين المسئولين المدنية والجنائية لدى هؤلاء الفقهاء .

وقد سلفت الإشارة في تتبع التاريخي إلى أن القوانين الغربية لم تعرف الفصل بين المسئولية المدنية والجنائية إلا على مشارف العصر الحديث ، وأن هذا الفصل هو الذي أقدرها على تطوير مباحث المسئولية المدنية في هذا العصر<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر في ذلك : Salmond on Jurisprudence P. 396 .

(٢) راجع الصفحات الأولى من هذا البحث .



## المبحث الثاني : نوعا الضمان

٦٧ - يقابل البزدوى بين كل من ضمان العقد و ضمان العدوان فيما سلفت الإشارة إليه أثناء المقارنة بين الضمان في التفكير الفقهي وبين المسؤولية المدنية في التفكير القانوني الوضعي . وقد ترجع في سياق هذه المقارنة حمل مفهوم ضمان العقد على تلك المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد والامتناع عن الوفاء به دون عنر يبرر هذا الامتناع ، بخلاف ضمان العدوان الذي ترجع قصر مفهومه على التعدى بمخالفة الأحكام الشرعية العامة القاضية بوجوب عدم التعرض للغير في ماله وبدنه وسائر حقوقه الأخرى . والمستند في هذا الترجيح هو الاستجابة لطبيعة هذه الدراسة التي تتخذ من ضمان العدوان مجالا لها ، توضيحا لمفهومه وبياناً لأحكامه المشبعة . وإنما استبعدت التعرض لأحكام ضمان العقد المشبعة هي الأخرى بعد أن اتضح لى أن الجمع بينهما في دراسة واحدة من شأنه أن يفسد المتابعة والإحاطة بمفهوم كل منهما . ولذلك اخترت أفراد ضمان العدوان بهذا التحديد خشية الإملال أو التطويل رغم الوعى بأن الامتناع عن الوفاء بالعقد من التسبب الموجب لضمان العدوان عند الفقهاء . كما أن المعنى الذى اخترته لضمان العقد مما يتيسر فهمه فى مألوف الاستعمال اللغوى طبقا لما أوضحته فيما سبق . ويسر هذا الإطلاق لضمان العقد و ضمان العدوان لإجراء مقارنة بين التفكيرين : الفقهي والقانوني . وتبعاً لهذا التحديد فإن الضمان ينقسم الى نوعين : أولهما ضمان العقد والثاني ضمان العدوان . ويقابل ضمان العقد ما يطلق عليه فى الاصطلاح القانوني المسؤولية العقدية Contractual Liability على حين يقابل ضمان العدوان مصطلح المسؤولية التقصيرية Torts فى التفكير القانوني . فيما يلى بيان مفهوم ضمان العقد وحكمه وعلاقته بغيره فى الشريعة الإسلامية .

### المطلب الأول : مفهوم ضمان العقد

٦٨ - وعلى ضوء ذلك فإن ضمان العقد هو شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه ، مما يبعد من التعدي بالتسبب الموجب للضمان في المذاهب الفقهية جميعها . ويختلف ضمان العقد بهذا التعريف عن كل من واجب الوفاء بالعقد الواقع على أطرافه وحق المتعاقد في إجبار الطرف الآخر على التنفيذ عن طريق رفع الأمر إلى القاضي من جهة أن هذه هي الأحكام المباشرة للعقد نفسه ، بخلاف الضمان الذي يجب في مقابلة الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد . ولا يجب على المدعي للإجبار على تنفيذ العقد إلا إثبات صحة هذا العقد ولزومه على حين يجب عليه لإثبات الضمان إثبات صحة العقد ولزومه وإثبات لحوق الضرر من جراء عدم تنفيذ العقد .

ومن المسائل الموضحة لمفهوم ضمان العقد ما روى عن أحمد بن حنبل : ( رجل استأجر أجرا على أن يحتطب له كل يوم ، فكان للرجل حماران ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة . فظاهر هنا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرر بانشغاله عن عمله . لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة فاقتصر الضرر . وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرر لا يرجع بشيء لأنه اكتزاه لعمل فوفاه على تمام فلم يلزمه شيء ، كما لو استأجره لعمل فكان يقرأ القرآن في حال عمله ، فإن ضرر المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه . ويحتمل أنه أراد أن يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المقنود عليها إلى عمل غير المستأجر فكان عليه قيمتها كما لو عمل لنفسه . وقال القاضي معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر ، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره ، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره <sup>(١)</sup> . والحاصل أن المستأجر استحق التعويض من الأجير إذا انشغل عن العمل الذي استأجر لأدائه ، سواء بالعمل لغيره أو

(١) للمضى لابن قدامة : ٤٦٥/٥ .

بالاشتغال بالتوافل كقراءة القرآن . وفي ذلك أفتى أحمد بوجوب التعويض ،  
والخلاف في كيفية تقديره .

ومنه أنه لو استأجر أجيرا لترميم جدار أو لإقامة جسر على حافة مزرعته  
ليمنع طغيان النهر عليها فامتنع فسقط الجدار أو طغى النهر على حافة مزرعته ضمن  
الأجير كل ذلك . ويعتبر الشيخ على الخفيف أن الضمان الواجب في ذلك  
من ضمان الإتلاف بالتسبب لا من باب ضمان العقد . وإنما ألحقه بضمان العقد  
من جهة أن واجب الترميم وإقامة الجسر قد نشأ بالعقد الصحيح اللازم ،  
وعلى المستأجر لهذا لإثبات وقوع الضرر وقيلام هذا العقد . أما التسبب المطلق  
في الإتلاف فإن الضمان فيه لا يقتصر على إثبات العلاقة التعاقدية .

٦٩ - **حكم ضمان العقد** : ذهب عدد من الكاتين المحدثين إلى  
أن الامتناع عن الوفاء بالعقد لا يوجب التعويض . من بينهم الشيخ سيد عبد الله  
على حسين والشيخ على الخفيف والدكتور فتحي الدريني والدكتور عبد الرزاق  
السنبوري . ويرى <sup>(١)</sup> الشيخ سيد عبد الله على حسن أن ( التعويض الناتج عن عدم  
تنفيذ الالتزامات كلا أو بعضا ، أو تأخير التنفيذ .. غير جائز شرعا ، ولا يتأتى  
الوصول إليه ، لأنه ما دام المتعهد في التعاقد يعلم جيدا أنه مكره لتنفيذ ما تعهد  
به بطريق الإكراه البدني فلن يقصر ولن يتوانى في التنفيذ ) . ويرد  
هذا الرأي أن الإجبار على التنفيذ لا يكفي وحده لرفع الضرر . وهو بهذا  
يحصص التعويض في الواجب بالإتلاف مال الغير عمدا أو خطأ ،  
والحكم به <sup>(٢)</sup> . ويوضح الشيخ على الخفيف وجهة نظره  
هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالا أو عملا ؛ فإنه إن كان مالا وسع  
الطرف المتضرر بالامتناع السعى إلى القاضى لإجبار الطرف الآخر على الوفاء  
بحقه ، فإذا امتنع أجبره القاضى على ذلك ونفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ  
على المدين للوفاء بدينه . وإذا ظهر إعساره فظفرة إلى ميسرة ، وليس عليه تعويض  
جزاء تأخير الوفاء وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن . أما إذا كان المضمون عملا

(١) انظر رايه في المقارنات التشريعية : ٣٠٠/٢ .

(٢) المقارنات التشريعية ٣٠٠/٢ .

كما في التزام الأجير القيام بفعل معين وكما في الالتزام بتسليم العين فإن الضامن يجبر على العمل الملتزم به ويُحتمل عليه بما يراه الحاكم من تعزير جزاء ظلمه . وليس عليه أيضا تعويض بسبب ما ترتب على تأخير الوفاء من ضرر . ذلك لأن وجوب التضمين بالمال إنما يكون في ضرر مالى . أصاب المضرور ، تلف بعض ماله أو نقص قيمته . أما الضرر الذى لا يتمثل في فقد مال كان قائما فلا يرى الفقهاء فيه تعويضا . غير أنهم نصوا على أن الأجير إذا امتنع عن القيام بما التزم به من عمل فترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره وكان عمل الأجير وقاية له فإنه يلتزم بالتعويض .. وإن لم يكن ذلك من قبيل ضمان العقد بل من ضمان الإتلاف عند الفقهاء<sup>(١)</sup> .

٧٠ - وقد تابع الدكتور فتحى الدرينى ما ذهب إليه الشيخ على الخفيف ، فيقول : ( أما تأخير تنفيذ الالتزام فيما إذا كان محل العقد أو محل الالتزام عملا كالأجير المشترك أو الخاص أو تسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فلا يقابل هذا التأخير تعويض مالى في الفقه الإسلامى ، إذ التعويض المالى شرعا إنما يعنى قيام مال ببلل مال أتلف ، وتأخير التنفيذ ليس بمال فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من أكل أموال الناس بالباطل . وعلى هذا فالمسئولية العقدية في القانون لا تعنى ضمان العقد في الفقه الإسلامى )<sup>(٢)</sup> .

٧١ - رأى السنهورى : مصدر هذين الرأيين الأخيين فيما يبدو لي هو الدكتور عبد الرزاق السنهورى الذى يرى أنه لا يمكن القول بأن هناك نظرية في الفقه الإسلامى للمسئولية العقدية على النحو السائد في الفقه الغربى<sup>(٣)</sup> ، بناء على أن مفهوم الضرر في الفقه الإسلامى محدود ضيق إذا ما قورن بنظيره الغربى . ذلك أن ( الفقه الغربى يعوض عن كل ضرر مادى أو أدنى . وفي الضرر المادى يعوض عن كل ما يتحمله البائن من خسارة وما فاته من ربح ولو كان ذلك عن منفعة

(١) الضمان في الفقه الإسلامى للشيخ علي الخفيف ١٧/١ ص ١٨ .

(٢) النظريات الفقهية للدكتور فتحى الدرينى ص ٢٢٦ .

(٣) مصادر الحق : ١٣٨/٦ .

أو عمل أو أي أمر آخر .. ولا يشترط في الضرر إلا أن يكون مباشرا .. ومتوقفا . أما الفقه الإسلامي فإنه يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متوقفا في ذاته وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه ، فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في استثناءات محدودة .. ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته إذا لم يكن هناك مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن<sup>(١)</sup> . ومع ذلك يشير السنهوري إلى الاتفاق بين الفقه الإسلامي والغربي في النظر إلى أركان المسؤولية العقدية ومفهوم الخطأ واختلاف مفهومه في هذين الفقهين بناء على اختلاف الالتزام وموضوعه الذي ينقسم إلى التزام بغاية أو التزام بعناية .

٧٢ - ويتضح من ذلك أن تحليلات هؤلاء الباحثين للضرر في الفقه الإسلامي هي التي قادتهم إلى هذا التصور غير الدقيق للمسؤولية العقدية أو ضمان العقد في الفقه الإسلامي . ويرد على هذه التحليلات ما يلي :

- توجب الشريعة دفع الضرر مطلقا ، بدليل العموم الوارد في قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

- لا يختص الضرر الواجب الرفع بالضرر الوارد على أعيان الأموال في الشريعة ، فالأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج والأعضاء والبدن الإنساني مما أوجب الشارع رفعه كذلك بالديار والأروش المقدرة وغير المقدرة . ويقضى المبدأ الشرعي في ذلك بأن ( لا يطل دم في الإسلام ) . ولا يقتصر التعويض بالنسبة للأموال على أعيانها إلا عند الأحناف . أما الجمهور فقد أوجب ضمان المنافع كذلك . وهذا هو سبب ورود تلك الشبهة إلى ذهن الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، فإنه ظن مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع ، إلا في تلك الاستثناءات التي اضطروا إليها متأخرو الأحناف ، مذهبنا لغوهم ، واعتبر لهذا أن عدم ضمان المنافع هو الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي . ولذلك انتهى إلى أن فكرة الضرر في الفقه الإسلامي ضيقة محدودة بالضرر المتعلق بأعيان الأموال .

(١) السابق ١٨٦/٦ .

ولا عثر هؤلاء الذين راقهم رأى الدكتور السنهوري واعتمدوا تحليله وحكموا بأن التعويض في الشريعة مقيد بإقامة ( مال بدل مال أتلف ) أو أن ( الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائما لا يرى فيه الفقهاء تعويضا ) وأن الحكم بالتعويض في غير هذه الحالة من قبيل أكل أموال الناس بالباطل .

- أوجب الشارع الوفاء بالعقود بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ مما يقتضى اعتبار الامتناع عن تنفيذ العقد والوفاء به من قبيل التعدى الموجب لضمان الضرر الناشئ عنه .

- الاعتداد بالتنفيذ الجرى وحده لا يكفى لرفع الضرر في الظروف المختلفة ، كما لو ترك الأجير الزرع دون سقى حتى ييس وجف فإن إجباره على السقى أو استئجار غيره على نفقته لن يفيد في رفع الضرر ، ويتعين التعويض في هذا المثال لإزالة الضرر طبقا لما نص عليه الفقهاء<sup>(١)</sup> .

٧٣ - تدل هذه المقدمات على اتساع مفهوم الضرر وعمومه لكل ما يعد ضرا في العرف ، فيشمل الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال والمنافع والبدن الإنساني وسائر الحقوق المالية الأخرى . كذلك فإن التعدى بالامتناع عن تنفيذ العقد دون علم بمبرره مما يوجب الضمان . وقد قصر الكاساني الضرر الواجب التعويض على الامتناع عن التنفيذ على ( الضرر المترجم بالمقد ) أى الذى يتوقع الطرفان حدوثه في العادة عند عدم التنفيذ . ويكرر الكاساني هذا التعبير في مواطن كثيرة<sup>(٢)</sup> مما يدل على وضوح وجه بهذا التقييد .

٧٤ - وما يؤيد مسؤولية الطرف المتراخى في تنفيذ العقد عن الضرر الناشئ من ذلك ما ذكره ابن تيمية فيمن ( عليه مال ولم يوفه حتى شكى رب المال وغرم عليه مالا ، وكان الذى عليه الحق قادرا على الوفاء ومطل حتى أحوج ماله إلى الشكوى ، فما غرم بسبب ذلك فهو على الظالم الماثل إذا كان

(١) مرشد الحيوان مادة ٦١٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٠٠ .

غرمه على الوجه المعتاد<sup>(١)</sup> ، وهو المنصوص عليه في المذهب المالكي كذلك<sup>(٢)</sup> .  
وتعنى هذه القاعدة التي عبر عنها ابن تيمية بوضوح بالغ أن المياطل في الوفاء بحق  
من الحقوق الناشئة عن عقد أو غيره ملزم بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بمطله  
بشرطين : أولهما يرجع إلى المياطل وهو ألا يكون معلورا في هذا المطل ، ويرجع  
الثاني إلى الضرر ، وهو أن يكون الضرر معتادا وألا يسهم المتضرر في زيادة  
الضرر .

ويؤيده كذلك ما ورد في لسان الحكام فيمن ( اكثرى دارا سنة بألف ،  
فلما مضت ( أى السنة ) قال ربها : إن أفرغتها اليوم وإلا عليك ألف كل يوم ،  
والمستأجر مقر أن الدار له ولم يفرغ ، لزمه [ الألف ] . قال هشام قلت لعماد :  
هلا يجعل له أجر مثلها إلى أن يتمكن من التفريغ ، وبعد التحكيم عليه ما قاله  
المؤجر ؟ قال : هذا حسن<sup>(٣)</sup> . ووجه الدلالة أن عدم تفريغ الدار بعد انتهاء مدة  
إجارتها أنشأ حق التعويض لربها ، مع احتساب قيمته بالرجوع إلى اتفاق المتعاقدين  
بالغا ما بلغ . لكنهم استحسنوا احتسابه على أساس أجرة المثل في الوقت  
الذي يستغرقه إفراغها ، على أساس اضطرار المستأجر إلى هذا الوقت ليتمكن  
من تفرغها باعتبارها معلورا أثناءه ، أما بعد مضي وقت التحكيم من التفريغ فإنه  
لا يعد معلورا وتحسب قيمة التعويض بالنظر إلى الاتفاق ، وإن بدت مبالغ فيها كما  
في فرض هذه المسألة .

وفي مرشد الخيران أنه ( إذا ترك الأكار سقى الأرض عمدا حتى يبس  
الزرع ضمن وقت ما ترك السقى قيمة الزرع نابيا في الأرض . وإن لم يكن للزرع  
قيمة تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما<sup>(٤)</sup> . وفيه أيضا  
أنه ( إذا أضر الأكار سقى الزرع تأخيرا معتادا فلا ضمان عليه ، وإن أضره تأخيرا  
غير معتاد فعليه الضمان والمزارعة صحيحة<sup>(٥)</sup> ، وذلك لخالفته ما وجب عليه

(١) مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٦ وكشاف القناع للبهوتي ٤١٩/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ٤٥٥/٣ .

(٣) لسان الحكام لابن الشحنة ص ٣٦٥ .

(٤) المدة ٦٦٢ .

(٥) المدة ٦٦٣ .

بالعقد الصحيح . ولو ترك الأكار ( حفظ الزرع حتى أكلته الدواب فعليه ضمانه . وإن لم يرد المزارع الجراد حتى أكل الزرع مع إمكان رده ضمنه وإلا فلا<sup>(١)</sup> .

٢٥ - ويتأكد اعتبار الفقهاء لضمان العقد إلحاقهم لخطأ الطبيب في بعض الجزئيات بهذا النوع من الضمان ، وقد نصوا على أنه إذا ( استأجر حجاً ما ليقلع له سناً فقلع ، فقال صاحب السن : ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله ويضمن<sup>(٢)</sup> ) . ففرض هذه المسألة أن المريض استأجر الحجام أو الطبيب للدلالة على وجود العلاقة التعاقدية وأن المريض يدعى مخالفة الطبيب شروط هذه العلاقة بما أضرب . بقلع سن غير السن التي أراد قلعها . والقياس أن يكلف مدعى المخالفة التي ترجب ديناً في ذمة المدعى عليه بالبينة المثبتة للخطأ أو المخالفة ، طبقاً لقاعدة البينة على المدعى . ومع ذلك فقد ذهب الفقهاء إلى أن القول قول المدعى وأنه لا يكلف بإثبات الخطأ ، بناء على أن الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه . ويعني هذا التعليل رغبة القائلين بهذا الرأي في تغليب مصلحة المرضى ، خاصة وأنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التي ينبغي على الطبيب اتباعها لعلاجهم . وهذا هو المعنى الذي نظر إليه المحدثون في إلحاقهم مسؤولية الطبيب بالمسؤولية العقدية بعد أن جرت المحاكم على اعتبارها من المسؤولية التقصيرية حتى صلور حكم محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٣٦ م . وقد قضى هذا الحكم بأن مسؤولية الطبيب عقدية إذا خالف في عمله ما توجبه العلاقة التعاقدية بينه وبين مريضه . وذلك بناء على أن سبب هذه المسؤولية هو الاتفاق بين الطبيب وبين المريض أو نائبه . ونتيجة اعتبارها على هذا النحو افترض خطأ الطبيب ونقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه ، بمعنى أن المدعى لا يكلف بإثبات الخطأ ، وأن على الطبيب ليدفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أنه قام بواجبه العقدى على النحو الذي توجبه الأصول الفنية للمهنة<sup>(٣)</sup> . ولا يختص هذا بالطبيب

(٢) مجمع

(١) السابق : مادة ٦١٤ .

(٣) الوسيط ٨٢١/١ والمسؤولية المدنية . لحسن عامر ص ٩٨ ومسؤولية الطبيب لعهد السلام التبري

ص ٩٠ .

وحده ، بل يتعداه إلى سائر المهن الفنية . ويدل هذا المثال السابق على وعى الفقهاء بمخالفات ضمان العقد .

٧٥ - وبما له دلالة في إثبات قيام هذا النوع من الضمان مستقلا عن غيره في التفكير الفقهي قاعدة لإيجاب الغرور للضمان في المعارضات . ونص هذه القاعدة حسبا جاء في المجلة : ( لو غر واحد آخر ضمن عقد المعارضة يضمن ضرره . مثلا لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحققت وضبطت أخذ المشتري من الباقي ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم )<sup>(١)</sup> . وبهذا يوجب التنفيذ للعيب للعقد ضمان الضرر الذي تسبب فيه . وقد اشترطوا قيام عقد من عقود المعاوضات لتضمن الغار ما لحق المغرور من الضرر . وليس هذا الشرط شرطا حاصرا ؛ إذا يلتحق بعقود المعاوضات في إيجاب الغرور للضمان تلك العقود الأخرى التي يعود نفعها إلى الغار نفسه . من ذلك أن المودع إذا غر المودع فضمن شيئا يرجع به على المودع . وتوضيح ذلك بمثال أنه لو أودع شخص ما لا عند آخر وسلمه إليه فهلك في يد المودع بغير تعديه لم يضمن للمودع شيئا ، ولكن هذا المال إذا ظهر مستحقا للغر وضمنه المودع للمستحق ، بحكم كونه في يده عند هلاكه فإنه يرجع على المودع بما ضمن ، لأنه غره . في عقد يعود نفعه إليه<sup>(٢)</sup> . ويختلف ذلك في منصوص الفقهاء عما لو أعاره عارية هلك في يده دون تعديه ، ثم استحققت وضمنها المستعير للمستحق فإنه لا يرجع على المعير ، لأن المستعير ضمنها في قبض يعود نفعه إليه<sup>(٣)</sup> .

٧٧ - ويدل ذلك على أن التنفيذ الميعب للعقد يوجب ضمان الضرر بشروطه ، مثله في ذلك مثل الامتناع عن تنفيذ العقد . وقد تعرض الفقهاء لهذا النوع من الضمان بتفصيلات كثيرة في تناولهم لأحكام هلاك العقود عليه وتوابعه ، سواء كان ذلك عين مال أو منفعة أو حقا من الحقوق وسواء كان ذلك التلف كلياً أو جزئياً بوجود العيوب التي تحمل بمقصود العاقد من التعاقد .

(١) المادة ٦٥٨ من مجلة الأحكام البدلية .

(٢) شرح المجلة لسليمان رسم بار ص ٣٦٣ .

(٣) السابق .

ويتراوح التعويض الذى أثبتوه فى الأحوال السابقة الذكر وما يماثلها من الغبن والتدليس والاستحقاق بين الحكم بالخيار فى فسخ العقد للمتضرر وبين الخط عنه من العوض ما يماثل الضرر قصداً إلى رفعه وتحقيقاً للعدل الذى هو أساس التعاقد فى الشريعة . وهذا هو الذى أجمله المؤلفون فى القواعد الفقهية يرجعهم أسباب الضمان إلى العقد والتعدي<sup>(١)</sup> .

٧٨ - ومن جهة أخرى فإن القوانين العربية الحديثة المتجهة إلى الشريعة والفقه قد اختارت مصطلح ( ضمان العقد ) الفقهى للإشارة إلى مسؤولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بامتناعهم عن تنفيذ تعهداتهم أو تنفيذها تنفيذاً معيباً . وهذا هو ما جرى عليه القانون العراق الصادر عام ١٩٥١ . وقد عمن التعويض عن الخطأ العقدى البلاد الإسلامية حتى أصبح عرفاً مستقراً فيها ، قبله العقول ولا تجد فيه مخالفة لنص شرعى ، ولذا جاز اعتباره والعمل به<sup>(٢)</sup> . ونص ما جاء به القانون العراق فى هذا الخصوص ما يلى :

مادة ١٦٩ - ( ١ - ) إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو ينص فى القانون فالحكمه هى التى تقرره . ٢ - ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ من العقد ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أى حق عينى آخر أو التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل . ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر فى استيفائه ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخيره عن الوفاء به . ٣ - فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز فى التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل أو كسب يفوت ) .

٧٩ - فرى مجلس الجمع الفقهى لرابطة العالم الإسلامى : ولعل شيئاً من هذا أو كله كان فى ذهن أعضاء مجلس الجمع الفقهى فى حكمهم بتحويل

(١) الفروق للقراق : ٢٠٦/٢ وما بعدها و ٢٧/٤ وما بعدها .

(٢) انظر قواعد إعمال الشرف فى مجلة الأحكام العدلية مواد ٣٧ ، ٣٩ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٥ ، وانظر رسائل

أبي-عبيد ١١٤/٢ - ١٤٦ .

القاضي الحق في تعديل الحقوق والالتزامات العقدية في الظروف الطارئة أو فسخ العقد بالأعذار ( مع تعويض عادل للمتضرر له صاحب الحق في التنفيذ ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد ... تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد ، ومنعاً للضرر المرفق لأحد العاقدين ) وإذ يجيز المجلس الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ من فسخ العقد في الظروف الطارئة التي تبرر هذا الامتناع كتقيام حرب أو حدوث كارثة عامة فلا شك في أن قيام هذا الحق في الظروف العادية ينبغي أن يثبت بطريق الأولى . وهذا الحكم كما جاء في فتوى المجمع الفقهي ( أشبه بالفقه الشرعي الحكم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها . والله ولي التوفيق )<sup>(١)</sup> . والأمر بعد بحاجة إلى دراسة مستقلة .

٨٠ - **الرأي المختار:** وأهم ما يفيد هذا النقاش أن الفقه الإسلامي قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلاً من مفهوم المسؤولية العقدية في التفكير القانوني . ولعل سبب إنكار البعض له بهذا المفهوم راجع إلى الرغبة في افتعال المخالفة بين الفقه والقانون ؛ إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار . ولا شك في أن الفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد مصدراً للإلزام وأنهم تناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقود وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها القاضية برفع الضرر . ولا يسوغ لذلك إنكار جهودهم في هذا الشأن . ولا تنقيد الأضرار المضمونة بالعقد إلا بالتزامها بالعقد ، كما جاء في تعبير الكاساني ، وبأن تكون أضراراً مادية . أما الأضرار الأدبية التي ينزل تعويضها في المسؤولية العقدية قانوناً لتعذر تقديرها وحسابها فيجوز التعزير عليها بشيء من الغرامات المالية شفاءً لنفس المضرور وزجراً للناس عن التسبب فيها . وهو ما لا تأباه قواعد الشريعة في جواز التعزير بالغرامات المالية .

ومن الناحية التاريخية فإن المسؤولية العقدية أسبق في الظهور من المسؤولية التقصيرية التي لم تتطور أحكامها ومفاهيمها في النظم القانونية الوضعية إلا في

---

(١) قرارات مجلس المجمع الفقهي لأمانة العالم الإسلامي ، نشر ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ص ١٠٣ وما بعدها .

أواخر العصور الوسطى وأوائل العصر الحديث ، على حين اعترفت هذه النظم بقوة الإلزام التي للعقد منذ بداية تطورها . ولا يخطئ الناظر إلى الفقه الإسلامي وقواعده العامة هذه القوة التي اعترف بها للعقد ، فالمسلمون على شروطهم ، وكل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، والتفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضررا على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يبر إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه . وينطوي إنكار ضمان العقد في الشريعة أو تقييده بضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال إنكار ضمان العنوان أو تقييده هو الآخر باعتبار أن الخطأ فيهما له معنى واحد ، وهو السلوك مسلوكا مخالفا للشارع على وجه أضر بالغير ، سواء ناقض هذا السلوك ما أمر به الشارع من وجوب الوفاء بالعقود والالتزام بشروطه ، أو ناقض ما أمر به الشارع من عدم الإضرار بالغير وإن لم يوجد عقد .

### المطلب الثاني : مفهوم ضمان العنوان

٨١ - أما ضمان العنوان فيعني : شغل الذمة بحق مالى للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه ، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود . ويتضح هنا التعريف بملاحظة المعاني التالية :

- يشمل الحق المالى واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما في الغصب أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدي كما في التكليف بطم البئر التي حفرها شخص تعديا في ملك غيره . كما يشمل كذلك وجوب رد المثل والقيم والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر كما في الجروح والشجاج وغيرهما من الإصابات .

- القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشئ عن التعدي . وهو يختلف بذلك عن المقصود من العقوبة ، حسبما سلفت الإشارة إليه في التفريق بين الضمان والعقوبة .

- الإضافة في ( ضمان العنوان ) من إضافة المصدر لفاعله وسببه ، فإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدي بارتكاب فعل محرم شرعاً في أصله أو بالنظر إلى مآله أو بتترك واجب التبصر والتحوط ، إعمالاً لقاعدة من ترك واجبا في الحفظ والصون ضمن .

- أفعال العنوان الموجبة للضمان كثيرة متنوعة ، تشمل الغصب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب . ويشمل التعدي بالتسبب صوراً كثيرة يصعب حصرها ، من بينها على سبيل المثال الكف أو الترك والغرور وشهادة الزور والسعاية والترويع أو التزوير ( الصلعة العvisية في الاصطلاح القانوني ) والتعسف في استعمال الحقوق والمباحات والإهمال في حفظ الحيوانات ورعاية من تجب رعايته .

- يختلف العنوان الموجب لهذا النوع من الضمان عنه في ضمان العقد من جهة أن الخطأ في ضمان العنوان هو السلوك مسلطاً مخالفاً لما أمر به الشارع وأوجهه على الكافة . أما الخطأ في ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجهه الشخص على نفسه باعتباره طرفاً في علاقة تعاقدية .

- يتعلق الضرر المنفي في ضمان العقد بالحقوق الشخصية التي تنشأ لفرد على غيره بدخوله معه في علاقة تعاقدية على حين يتعلق الضرر المنفي في ضمان العنوان بالحقوق العامة التي تجب للفرد . على الكافة ، كحقه في سلامة نفسه وممتلكاته . والحقوق الشخصية Right in Personam هي التي تتعلق بذمة شخص معين عند قيام سببها ، أما الحقوق الأخرى التي تقوم بنفسها ولا تجب في ذمة أحد فقد أوضحها صدر الشريعة فيما يتعلق بحقوق الله تعالى بقوله : ( وحق قائم بنفسه لا يجب في ذمة أحد كخمس الغنائم والمعادن ، فالخمس فيها مفروض على عين الغنائم والمعادن قبل الاستيلاء أو الكشف دون نظر إلى شخص الغانم أو الواجد للمعدن )<sup>(١)</sup> . ويصدق هذا المعنى على حقوق العباد أيضاً ، كحق الفرد في حفظ نفسه وممتلكاته ، وكحقه في صون سمعته وعرضه عند الشافعية

---

(١) الفرضيغ : ٧٣٦/٢ .

ومن تابعهم خلافا للأحناف الذين يلحقونه بالحقوق العامة<sup>(١)</sup>. والاصطلاح القانوني لهذه الحقوق القائمة بنفسها التي لا تتعلق بالذمة هو الحقوق العينية Rights in rem. ويقترب ذلك من المصطلح الفقهي (عين) في مقابلة (الدين) الذي يتعلق بذمة شخص معين.

٨١ - والعدوان الموجب للضمان في الشريعة هو الفعل الضار الذي لا يميزه الشريعة ولا تأذن فيه. ويستند هذا التعريف إلى مفهوم القاعدة الفقهية: الجواز الشرعي يناق الضمان<sup>(٢)</sup>. ولذا لو حفر إنسان بئرا في ملكه فسقط فيه حيوان لغيره أو إنسان لم يجب على الحافر ضمان، لأنه مأذون في هذا الحفر شرعا. وكذلك لو حفر بئرا في ملكه فنضب به ماء بئر جاره لم يضمن، لأنه مأذون في الانتفاع بملكه. ويلتحق به إذن المالك غيره بالتصرف في ملكه، كأن يأمره ببيع شاته لم يكن للأمر المطالبة بالضمان، لاستناد البيع إلى إذن من له حق الإذن شرعا وهو المالك. أما لو أذن له ببيع شاة غيره فنبحها كان متعديا، ووجب الضمان، لفساد الإذن من جهة أنه لا حق للأذن فيه.

وقد يعرف العدوان بأنه السلوك مسلكا مخالفا لما ألزم به الشارع، سواء بترك الواجب أو بفعل المحرم. وينتفى الضمان لذلك إذ صدر الفعل على وفاق الواجب شرعا، فالقاعدة أن (الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به، فلو سرى قطع القاضي إلى النفس، وكنا إذا مات المعزر، وكنا إذا سرى الفصد إلى النفس ولم يجاوز المعتاد، فلا ضمان لوجوبه بالعقد.. وضمن لو عزز زوجته فماتت، ومنه المرور في الطريق العام مقيد بها. ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصي تأديبا لكونه مباحا. ومحل في الضرب المعتاد. أما غيره فموجب للضمان في الكل<sup>(٣)</sup>. وإنما يجب الضمان بترك الواجب أو بفعل الحرام، فمن الضمان بترك الواجب تضمين الممتنع عن تقديم الطعام للمضطر

(١) راجع الخلاف بين الفريقين في النظر إلى جريمة القذف.

(٢) المادة ٩١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الأشبه والظاهر لا ينحصر في ٢٨٣.

حتى مات<sup>(١)</sup>، لخالفته ما وجب عليه من تقديم الطعام للمضطرب. ومنه أن على الناقل الضمان فيما لو دخل الماء إلى سفينة وأفسد أمتعة الركاب، إن كان دخول الماء بسبب يمكن التحرز عنه بإصلاح السفينة وحفظها، لأنه هو الواجب عليه وقد تعدى بتركه. ولو ارتفع الموج وكانت عادة الملاحين في مثل هذا الحال أن يشدوها فسيروا الملاح وغرقت بارتفاع الموج ضمن الملاح ما يفرق من أمتعة الركاب وما يلحقهم من ضرر، لأنه خالف الواجب<sup>(٢)</sup>. وفي جامع الفصولين أن الأم تضمن إذا خرجت (وتركت الصبي فوق في النار.. وفي امرأة تصرع أحياناً فيحتاج إلى حفظها فلا تقع في ماء أو نار، وهي في منزل الزوج فعليه حفظها. فإن لم يحفظها حتى ألفت نفسها في نار عند الصرع فعل الزوج ضماناً. وكذلك الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ وهي مسلمة إلى الزوج إن لم يحفظها وضيعةا ضمن)<sup>(٣)</sup>. ومن فروع التعدي بترك الواجب ما جاء في المادة ١٧١ من مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. ونصها: ( يعتبر فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لغيره من خطر يهدده في النفس أو العرض أو المال، إذا كان في مقلوبه أن يئذي هذه المعونة دون أن يتعرض لخطر ) .

٨٢ - وكما يكون التعدي بترك الواجب فإنه ينشأ بارتكاب فعل محرم في أصله، كأن يوقف دابته في الطريق العام أو ينصب مال غيره أو يتلفه بالمباشرة أو التسبب. ومن التعدي كذلك فعل محرم في وصفه لا في أصله، كأن يكون الفعل مباحاً وصار إلى الجريمة لما صحبه قصد الإضرار إلى الغير أو الإهمال وعدم التبصر. ولذا يجب الضمان لو ( سَجَر تنوره نار فألقى فيه من الحطب ما لا يحمله التنور، فأحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فأحترق ) . ولو ( وثب من الخياط في الطريق فنفرت الدابة وألقت جرة .. عليها .. وكنا لو صاح على دابة فنفرت وألقت حملها وهلك، قال جاء الدين الأسبجاني بضمين الواجب

(١) المبدع شرح المقنع: ٣٣٩/٨، ٣٤٠.

(٢) مجمع الضمانات: ٤٩.

(٣) جامع الفصولية: ١١٤/٢.

والصالح قيمة الهالك<sup>(١)</sup> ، وذلك لأن الوثب والصياح واللقاء ما لا يحتمله التنور من قبيل العنوان المحرم لما صاحب هذه الأفعال من إهمال وغفلة عما قد تسببه من أضرار ، مع أن هذه الأفعال في أصلها من المباحات .

٨٣ - والأصل أن المرء مسئول عن فعل نفسه بحكم مبدأ شخصية المسؤولية الذي أرسته الشريعة ونصوصها على نحو واضح . من ذلك قوله تعالى : ﴿مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ . وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾<sup>(٢)</sup> وبقوله تعالى : ﴿أَلَا تَرَى زُرَّةً وَزُرَّ أُنْخَرَى﴾<sup>(٣)</sup> وبقوله : ﴿وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(٤)</sup> . ومع ذلك فقد أقامت الشريعة مبدأ مسؤولية المرء عن هم تحت رعايته ورقابته . بقوله ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، والأمير راع ، والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »<sup>(٥)</sup> . وقد استنبط الفقهاء من ذلك مسؤولية الولي والزوجة عن هم تحت رعايته إذا قصر في واجب الحفظ والرعاية ، كالزوجة القاصر والمريضة بالصرع والصبي غير المميز في الأمثلة السابق ذكرها . ويتقضى قياس مسؤولية الولي والزوجة عن الأضرار التي تصيب من هم بحاجة إلى رعايتهما بأفعالهم أن يكونا مسؤولين عن الأضرار التي تصيب غيرهم بأفعالهم أيضا . غير أن الفقهاء قد خالفوا هذا القياس وأدخلوا بالأصل العام القاضي بشخصية المسؤولية وأوجبوا ضمان فعل القاصر الضار بغيره في ماله هو لا في مال وليه ، رغم أن القاصر نفسه في ضمان وليه لو قصر في حفظه . ولعل الذي ألجأهم إلى إلقاء الضمان على القاصر فيما تسبب فيه من إضرار بغيره هو كون الضمان عندهم من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، بمعنى أن الشارع جعل الفعل الضار غير المأذون فيه سببا لوجوب الضمان دون نظر إلى إدراك فاعله . أما التكليف

(٢) الزلزلة : ٧ ، ٨ .

(٤) الإسراء : ١٥ .

(١) مجمع الضمانات : ١٤٨ .

(٣) النجم : ٢٨ .

(٥) مسند أحمد ٥/٢ ، ٥٤ ، ١١١ ، ١٢١ ، والبخاري كتاب النكاح وفتح الباري ٩/٢٩٩ ط . لاهور

بالأداء فإنما يخاطب به الولي دون الصبي إذا كان له مال وإلا بقيت ذمة الصبي مشغولة به إلى حين يساره . ويؤدي ذلك إلى تعذر حصول المضرور على حقه في التعويض عما لحقه من ضرر . ولذلك ذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه إلى أنه إذا وجب على الصبي شيء ولم يكن له مال حملته عنه أبوه<sup>(١)</sup> ، إلحاقاً لحاجته في أداء ما وجب عليه من ضمان بمحاجته إلى النفقة الواجبة على الأب إذا كان الصبي معسراً . ويتفق ما أخذ القانون المدني المصري والعراق مع هذه الرواية المرجوحة في المذهب الحنبل<sup>(٢)</sup> .

ومن جهة أخرى: فإن الحديث لا يعارض مبدأ شخصية المسؤولية ، وإنما يفرض على الوالد والأم عند غيابه واجب الرعاية ، بحيث إذا قصر أحدهما في أداء هذا الواجب ونشأ الضرر بهذا التقصير كان ضامناً ما تسبب فيه بإهماله . وإلقاء الضمان على الولي إنما هو لتعديه بالتسبب في الضرر بهذا الاعتبار .

٨٤ - وقد اعترف الفقه الإسلامي بالمسؤولية عن فعل الغير على نحو أكثر وضوحاً في إلقاء ضمان ما يتلفه تلميذ الصنعة على أستاذه . ففى مجمع الضمانات أن ( تلميذ الأجير المشترك إذا وقع من يده سراج فاحترق ثوب من ثياب القصاره فالضمان على الأستاذ .. ولو حمل شيئاً في بيت القصاره بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق إن كان من ثياب القصاره لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ .. وكذا لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه فوقعت على ثوب من ثياب القصاره فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ . وأن لم يكن من ثياب القصاره كان الضمان على التلميذ . ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ . ولو أصابت المدقة

(١) المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري والمادة ٢٩١ من القانون العراقي التي تنص على ما يأتي: أ- إذا ألتف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله . ب- وإذا تعلق الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر إن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو التأم أو الوصي بمبلغ التعويض ، على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر . ج- عند تقدير التعويض يبادل عن الضرر لابد للمحكمة أن تراعى في ذلك مركز الخصوم .  
(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية : ٥٣٣/٢٠ ، ١٥٧/٣٤ ، ١٥٩ .

إنسانا كان الضمان على التلميذ (١). وطبقا لهذا فإن العبرة في مسؤولية الأجير المشترك عن العمل الضار لتلميذه أن يكون هذا العمل مما هو مأذون له فيه بحكم وظيفته . أما ما يفعله التلميذ أو التابع للأجير المشترك خارجا عن حدود وظيفته ومأذونية الأستاذ له فضماته على التلميذ لأن الأستاذ لم يأذن له في هذا العمل . ولا يستقيم تفسير إلقاء الضمان على الأستاذ إلا باعتباره مسؤولا عما قصر فيه التلميذ مسؤولية مطلقة . يوضحه ما قاله في ( السمسار الذي يدفع إليه التجار أمتعة ليبيعها إذا كان له أمين في قبض أثمانها فخان وعلم السمسار خيائته ، ومع هذا جعله أمينا في قبض الأثمان ، فمات ( أى الأمين ) ولم يترك شيئا وعليه بقايا تلك الأثمان يضمن السمسار قياسا على ما إذا ترك الزوج الودائع عند زوجته وغاب وكانت خائنة غير أمينة فرجع وقد هلك الودائع يجب عليه الضمان (٢) . وسنعود إلى بحث ذلك بالتفصيل في مناسبه من هذا البحث .

٨٥ - وقد ناقش الفقهاء كذلك مسؤولية المرء عن حيواناته باعتبار أن عليه واجب حفظها وتقييد استغلالها بما لا يضر بالغير من جهة أن المباح مقيد بوصف السلامة . أما الحيوانات التي لا حافظ لها ، بأن كانت غير مملوكة لأحد أو التي لم يوجب الشارع على أحد تقييدها فلا يضمن حافظها أحد ما تسببه من ضرر بفعلها . وهذا هو الذي ينصرف إليه قوله عليه السلام : العجماء جرحها جبار . ولا ضمان في الأضرار الناشئة عن فعل ما لم يوجب الشارع على أربابه تقييده كالنحل والحمام ، إلا إذا أضر بالغير ضررا لا يمكن توقيه فيمنع أربابه من اتخاذها . أما الحيوانات والطيور التي يمكن توقى أضرارها بحفظها فقد أوجب الشارع حفظها على أربابها . ويرتفع هذا الواجب إلى حدود المسؤولية المطلقة عند بعض الفقهاء بالنسبة إلى تلك الحيوانات العادية أو الخطرة ، بحيث يجب ضمان ما ينشأ من ضرر بفعلها . وهو ما نصوا عليه في مسألة الكلب العقور . أما بالنسبة للحيوانات غير العادية فإن أربابها مكلفون باتباع المعتاد في حفظها لمنع أضرارها

(١) جمع الضمانات : ٤٣ .

(٢) السابق : ٥٢ .

بغيرهم ، بحيث يجب ضمان أى ضرر ينشأ من تقصيرهم في القيام بهذا الواجب<sup>(١)</sup>.

ومع اتفاق الفقهاء على هذا الأساس فإنهم قد اختلفوا في تطبيقه في الكثير من التفصيلات والفروع رعاية لمقتضيات الظروف والأعراف .

٨٦ - وكذلك فإن مالك البناء مسؤل عن الأضرار التي تنشأ بتقصيره ، إذا كان سببه مما يمكن التحرز عنه ، ولم يبدل من العناية ما يمنع هذا الضرر . وإنما اشترط الفقهاء الإغثار إلى الملك والتقدم إليه والإشهاد على ذلك في بعض الظروف لإثبات الخطأ أو التقصير في اتخاذ ما يلزم لمنع الضرر . وفي ذلك يذكر الزيلعي أن الإشهاد على الحائظ المائل ليس شرطاً لقيام الضمان ، وإنما هو شرط لإثبات سببه<sup>(٢)</sup> .

ويتقيد كذلك استخدام الآلات والمعدات بوصف سلامة الغير من الأضرار التي يمكن التحرز عنها . ومقتضاه أن على الحائز لهذه الآلات والمعدات أن يبذل من العناية ما يلزم لمنع الإضرار بالغير ، فإن سلك منكلاً مختلفاً لهذا الواجب ضمن الضرر الناشئ عنه .

٨٧ - وإذا كان العلوان في الأحوال السابقة جميعها هو السلوك مسلماً مخالفاً لما أوجبه الشارع على نحو ألحق الضرر بالغير فإن العلوان ينتفى بأسباب متعددة ناقشها الفقهاء بالتفصيل وضبطوا أحكامها . وأهم دوافع الضمان التي ذكروها هي :

---

(١) انظر في ذلك : البسوط : ٨٨١/٢٦ ، وجامع الفصولين : ١١٨/٢ ، ورمز الحقائق : ٢٥١/٢ .  
وجميع الضمانات ١٨٥ وما بعدها ، والبلائع : ٢٧٣/٧ وحاشية العمل : ٨٠/٥ ، ونيل الأوطار : ٢٧٦/٥ ، ومجلة الأحكام العدلية م ٩٢٩ ، ومجلة الأحكام الشرعية مادة ١٤٤٧ وما بعدها ، والمادة ٢٢٤ من القانون العراقي التي جاء في فقرتها الثانية : ( أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كحصار الدابة أو لطمه يدها أو رأسها فيضنه (أي الحارس) إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعه ) .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٢٥٨/٥ ، والفقهاء الإسلاميون وأولئك للدكتور وهبة الزحيلي : ٨٢٨/٥ .

(أ) عدم إمكان التحرز ، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه .

(ب) انقطاع نسبة الضرر إلى الفعل بتوسط سبب آخر ، كما لو أشعل النار في تنوره فحملتها الريح إلى دار جاره ، إذا كان الإشعال على الوجه المعتاد . ومنه كذلك المثال المشهور الذي يتردد في كتب الفقه ، وهو أن يخفر بئرا في الطريق العام فيلقى فيه شخص آخر متاعا للغير فإن الضمان على الملقى لا على الحافر لانقطاع نسبة الضرر إلى فعله .

(ج) الدفاع الشرعى عن النفس أو العرض أو المال الملقب في اصطلاح الفقهاء بدفع الصائل .

(د) الضرورة في المذهب المالكي ، فمن اضطر إلى طعام غيره لحفظ نفسه وجب عليه تناوله ، ولا يجب عليه ضمان ، لمنافاة الإذن للضمان . والقاعدة في المذاهب الأخرى أن ( الاضطراب لا يبطل حق الغير ) . ولذا يجب الضمان على المضطر رعاية لحقة وحق رب المال معا .

(هـ) الرضا في إتلاف الأموال دون الأنفس . وقد عبر صاحب مجمع الضمانات عن ذلك بقوله : الإذن في إتلاف المال والأطراف يدفع الضمان ، وفي النفس لا<sup>(١)</sup> .

(و) الإكراه بتفصيل يأتي في محله .

(ز) تقادم الزمان ومرور الوقت الذي يراه الحاكم مانعا من سماع الدعي ، بناء على ما يراه محققا للمصلحة . وقد نقل ابن فرحون آراء متنوعة في تحديد مدة تقادم الضرر بالسنين من عشر سنين إلى ثلاثين سنة<sup>(٢)</sup> . ومع أن الضرر لا يكون قديما ، طبقا لمنصوص القاعدة الفقهية ، فإن مرور مدة التقادم يدل على رضا المضرور بالضرر ، ولذا ينتفى حقه في المطالبة .

(١) مجمع الضمانات : ١٦٠ .

(٢) تبصرة الحاكم بهشتي فتح الملوك : ٢/٣٤٦ ، ٣٦١ .

(٣) المادة ٧ من مجلة الأحكام العدلية .

### المطلب الثالث : بين ضمانى العقد والعدوان

٨٨ - إذا اتضح مفهوم ضمانى العقد والعدوان على النحو السابق بيانه تسرت لنا الإحاطة بخصائص كل منهما التى تفرقه عن الآخر رغم اشتراكهما فى الكثير من هذه الخصائص . وأهم ما يشتركان فيه أن الواجب بهما هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر ، وأن سببهما هو السلوك مسلکا مخالفا للقواعد الشرعية الرامية إلى دفع الضرر ، وأن التعمد فىهما أو الخطأ متعلق بمصالح العباد أو الأفراد ، وأن الضرر المضمون فى كل منهما يشمل أعيان الأموال و منافعها والبدن الإنسانى ومنافعه وسائر الحقوق المالية الأخرى . ويشتركان كذلك فى أن مفهوم السببية فىهما واحد حتى لا يسأل المرء إلا عن النتائج الطبيعية لفعله . وقد أدى الاشتراك فى هذه الخصائص الأساسية إلى أخذ عدد كبير من اللقائين بوحدة المسؤولية فىهما وتقدير عدم الاختلاف بينهما . ولا يرى اصحاب هذا الاتجاه ضرورة للتفريق بينهما ، لضالة الفوائد العملية المترتبة على هذا التفريق ، حسبما يلاحظ الأستاذان Dias و Markesinis مؤلفا كتاب Tort law .

٨٩ - وتقوم وجهة النظر الأخرى على التفريق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية على أساس اختلاف مفهوم الخطأ فى كل منهما ، إذ الخطأ فى المسؤولية التقصيرية هو السلوك مسلکا مخالفا لما أوجبه القانون ، على حين يكتسب الخطأ صفته هذه فى المسؤولية العقدية بالسلوك مسلکا مخالفا لما أوجبه الطرفان على نفسيهما ورضيا به . ويشير السيوطى إلى الفرق بين ضمان العقد والعدوان على هذا الأساس نفسه ، فالمضمون بالعقد على حد تعبيره هو ( ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله )<sup>(١)</sup> .

ويلفت الأستاذان Dias و Markesinis النظر إلى أن عنصر الرضا لا يصلح وحده للتفريق بين هاتين المسئوليتين ، لأن الرضا لا يكفى لإنشاء العقد ، كما

(١) المادة ٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) الأشبه والنظائر للسيوطى : ٣٦٢ .

أن الرضا قد يعد شرطاً لإنشاء المسؤولية التقصيرية هي الأخرى ، فحائز البناء إذا أذن لزارئه بالدخول وجب عليه التحوط والعناية بهذا الزائر ويضمن له الضرر الناشئ عن تقصيره . ومسئوليته هنا تقصيرية مع أنه يحملها برضاه . ومن ناحية أخرى فإن للرضا دوراً في المسؤولية التقصيرية حيث يعد مانعاً منها أحياناً ومؤثراً في مقدار التعويض الواجب في أحيان أخرى . ويتنبى هذان الأستاذان لذلك إلى أن التفريق على أساس الرضا بالالتزام لا يتسم بالدقة النظرية أو العملية<sup>(١)</sup> . وفي رأيهما أن هناك وجهاً آخر للتفريق أدق من سابقه ، هو أن المضمون بالعقد كالتنمين والمقدار وما إلى ذلك يحدد العقد على حين أن المضمون في النوع الآخر من المسؤولية محدد سلفاً بالقانون . وهذا التفريق هو ما أشار إليه السيوطي في عبارته السابقة الذكر . غير أنهما يلاحظان كذلك أن هذا التفريق ليس حقيقياً من كل وجه ، فإن المضمون في المسؤولية التقصيرية قد يرتفع أو يتعدل بالاتفاق ، كما أن القوانين كثيراً ما تنجس إلى تحديد المضمون بالمقدور حرصاً على المصالح العامة للمجتمع ونظامه . وبذلك لا يعلو هذا التفريق أن يكون تفريقاً تقريبياً .

٩٠ - ومن الوجهة الفقهية فإن السيوطي قد سعى إلى إقامة التفريق بين كل من ضمان العقد والتعدي على أساس أن المضمون بالعقد هو ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدلة وأن ضمان التعدي مرده المثل أو القيمة المحددان شرعاً<sup>(٢)</sup> . ومع ذلك فإنما يرد على هذا التفريق أن المضمون بالعقد محدد شرعاً كذلك بالمثل أو القيمة ، فهذا هو معيار الواجب في التعويض عن الأضرار المالية في ضمان العقد والعنوان معا . أما الواجب في الإصابات والجروح فإن الواجب هو الدية أو الأرض مقدراً كان أو غير مقدّر ، سواء نشأ الضمان بمخالفة العقد أو بمخالفة الشرع .

٩١ - ويذكر ونفيلد Winfield تفريقاً آخر بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية يتمثل في أن الحقوق التي تحمها المسؤولية العقدية حقوق شخصية Rights

(١) Tort Law by R. W. M. Dias & B. S. Markesinis, P.6

(٢) الأشبه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢ .

in personum تتعلق بذمة المتعاقدين ، ويلتزم بها كل منهما تجاه الآخر . أما الحقوق التى منحها المسؤولية التقصيرية فهى حقوق عينية Rights in rem قائمة بأعيانها ولا تتعلق بذمة أحد ، ويلتزم بها كل امرئ تجاه كافة الناس . ويسوغ تلمس هذا التفريق بين ضمانى العقد والعنوان فى الفقه الإسلامى ، لتفريقه بين هذين النوعين من الحقوق فيما أوماً إليه صدر الشريعة بعبارة التى سلفت الإشارة إليها ، وفى مقابلة هذا الفقه بين كل من الأعيان والديون التى تتعلق بالذمة .

ومع ذلك يلاحظ دياس وماركسينس على هذا التفريق رغم صحته من الناحية النظرية قبل قيام المسؤولية أنه لا يستقيم بعد وقوع سببها ، من جهة أن واجب التعويض يثبت فى ذمة المتعلئ لحق المتضرر ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية<sup>(١)</sup> .

٩٢ - ويشير البعض إلى التفريق بين هاتين المسؤوليتين على أساس النظر إلى الأهداف والمصالح المتعلقة بكل منهما . ذلك أن المسؤولية التقصيرية تهدف على نحو مباشر إلى دفع الضرر الذى قد يصيب المال أو البدن على حين تهدف المسؤولية العقدية إلى تحقيق المصالح وكسب المنافع . وبعبارة أخرى فإن الخطأ التقصيرى يجعل وضع المتضرر أسوأ مما كان عليه قبل وقوعه ، ويهدف التعويض حينئذ إلى إعادة هذا الوضع إلى ما كان عليه . أما الخطأ العقدى فقد اكتسب هذا الوصف لأنه لم يجعل وضع المتضرر أفضل مما كان عليه ، ويهدف التعويض إلى تحسين هذا الوضع والإضافة إليه . ولذا كان التعويض فى المسؤولية العقدية أكثر إغراء من مقابله فى المسؤولية التقصيرية .

ولا يجد التلمس لهذا الفارق بين ضمانى العقد والعنوان فى الفقه الإسلامى صعوبة فى انقضاء أثره ، من جهة أن العقد فى النظم القانونية بعامة سبب لاكتساب المنافع وإضافة المصالح وأن الامتناع عن الوفاء به يؤدى إلى بقاء الطرف الآخر فى موقعه لم يكسب جديداً على حين أن الخطأ فى ضمان العنوان يؤدى إلى خسارة المتضرر ما كان فى يده ويؤخره عما كان عليه . ولذا يهدف التعويض فى ضمان العنوان

---

(١) Tort Law Dias and Markesinis P. 8 .

إلى الرجوع به إلى ما كان عليه . أما التعويض في ضمان العقد فيهدف إلى تحسين  
وتجنيب السابِق وتحقيق بعض ما كان يؤمله لنفسه من الوفاء بالعقد .

ومع ذلك يوجه دياس وماركس النقد إلى هذا التفرُّق من جهة  
أن ضمان العقد قد يقوم هو الآخر بلور الحامي للوضع القائم وزد الفساد  
والأضرار ، إذ يهدف الحكم بضمان طبيب الأسنان الذى يخطئ بترع السن  
الصحيحة بدل المريضة المأذون له في إخراجها إلى المحافظة على مصلحة المريض  
ونفى الضرر عنه <sup>(١)</sup> .

٩٣ - ومن ثم ينتهى هذان الكاتبان إلى ضعف الفوارق التى تميز كلا  
من هاتين المسئوليتين عن الأخرى في النظم القانونية عامة ، بدليل اتجاهاها  
إلى تحمير المدعى بين المسئولتين <sup>(٢)</sup> ، وخاصة في تلك الالتزامات التى تفرضها  
العلاقة التعاقدية وأحكام القانون معاً ، فأمين النقل إذا سرق البضاعة المنقولة بعد  
مخالفه لما يوجبه العقد والقانون على السواء . ولرب هذه البضاعة أن يختار بين  
رفع دعوى بالمسئولية العقدية أو بالمسئولية التقصيرية . ويصدق ذلك على جاحد  
الوديعة والنال عليها من يأخذها ظلماً وتارك حفظها في الفقه الإسلامى ، حيث  
يعد غاصباً ومخالفًا لما يوجبه العقد . وكذلك المستأجر والمضارب والشريك  
إذا خالفوا الإذن كان ذلك تصرفاً منهم في مال الغير بدون إذنه ، مما هو محرم  
بالعقد والشرع معاً ، ويضمنون ضمان الغاصبين .

ويتبنى القضاء في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والقضاء الألماني  
والبليجى والقضاء اللاتنى نظرية الخيرة Option بين المسئولتين العقدية  
والتقصيرية إذا قام سبب كل منهما . ويعرف ذلك في القانون الانجليزى بمبدأ  
Choice of remedy . وقد صدرت في مصر أحكام كثيرة تنزع إلى جواز الخيرة .  
من ذلك الحكم الصادر عام ١٨٩١ بأن اشتراط المؤجر الإعفاء من المسئولية  
عما يصيب المستأجر من ضرر نتيجة الإهمال في صيانة المأجور لا يمنع من قيام

(١) المصدر نفسه ص ٨ .

(٢) المصدر نفسه ص ٩ .

المسئولية التقصيرية . كذلك قضت محكمة الاستئناف أنه إذا اشترطت مصلحة الشئك الحديدية تحديد مسؤوليتها عند ضياع البضائع المنقولة في مبلغ معين من المال فإن هذا الشرط لا يمنع من قيام المسئولية التقصيرية<sup>(١)</sup> .

ومع ذلك ينزع الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مبدأ الخيرة بين المسئولين باعتبار أنه إذا قام العقد ونشأت المسئولية العقدية لم يجوز العلول عنها إلى تأسيس الدعوى على أحكام المسئولية التقصيرية ، إعمالاً لاتفاق المتعاقدين وإرادتهم . ولذلك فإن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عقود النقل في العادة كاف لدفع المسئولية العقدية . ولا يصح للمتضرر أن يؤسس دعواه على أحكام المسئولية التقصيرية لأنه يكون مخالفاً لما أراده ورضى به<sup>(٢)</sup> .

٩٤ - ولا أجد مانعاً في الفقه الإسلامي من توارد ضمانى العقد والعلوان في محل واحد ، بل هو الأقرب إلى القواعد والأصول . يدل على ذلك القاعدة الفقهية التي يشير فيها ابن رجب إلى إمكان اجتماع ضمان العقد وضمن اليد المعتدية في محل واحد ، سواء كان منقولاً أو غير منقول . وذلك كضمان المودع بمجد الوديعة<sup>(٣)</sup> . ويظهر الاعتراف بحق المدعى في التخير بين المسئولين فيما أورده صاحب مجمع الضمانات بقوله : ( لو أردف المستأجر خلفه آخر فهو ذكره في العقد فعطيت الدابة فعليه نصف قيمتها ولو أردف اثنين ضمن ثلثي قيمتها ... وهذا الحكم إن كانت الدابة تطبق حمل الردف ، وإن كانت لا تطبق ضمن جميع قيمتها ، ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر ولا يرجع على الردف ، وإن شاء ضمن الردف ورجع على المستأجر<sup>(٤)</sup> ) . ويستند اختيار تضمين الردف إلى ضمان التعدي ، بحكم تصرفه في مال غيره بدون إذنه ، وكونه غاصباً بذلك على حين يستند اختيار تضمين المستأجر إلى ضمان العقد . ويبدو مع ذلك أن تخيير المدعى بين ضمانى العلوان والعقد مقيد بالأبلا يكون المدعى عليه قد خالف أحكام العقد من كل وجه ، بحكم أن

(١) الوسيط للسنهوري : ٧٦٠/١ . (٢) القواعد الفقهية لابن رجب ص ٢٢١ .

(٣) الوسيط : ٧٦٢/١ . (٤) مجمع الضمانات ص ١٥ .

هذه المخالفة الكاملة تنهى العقد ، ولا يجب في هذه الحالة إلا ضمان العلوان . وتطبيق ذلك على المثال الأخير أنه إن كانت الدابة لا تطيق حمل الرديف اعتبر ذلك مخالفة كاملة ووجب ضمان القيمة كلها ضمان علوان . أما إن كانت المخالفة جزئية ، بحيث استند التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه بالعقد والآخر غير مأذون فيه فإن نسبة من القيمة هي التي تجب في مقابلة نسبة التعدي . ولنا يجب نصف القيمة إن أردف واحداً وثلاثاً القيمة أن أردف اثنين . ويوضح صاحب مجمع الضمانات هذا بقوله : ( استأجر ثوراً ليطحن عليه عشرة غناتم فطحن أحد عشر غناتماً وتلف أو استأجره ليكرب عليه جريباً فكرب جريباً ونصفاً فهلك ضمن كل قيمته ، إذ الطحن يكون شيئاً فشيئاً ، فلما طحن عشرة انتهى العقد فهو في طحن الحادى عشر مخالف من كل وجه فيضمن كلها )<sup>(١)</sup> .

٩٥ - والخلاصة في التفريق بين ضمان العلوان و ضمان العقد أن الأخير لا ينشأ إلا إذا وجدت علاقة تعاقدية بين طرفين يتمتعان بأهلية التعاقد ، ويمتنع أحدهما عن التنفيذ الكامل للعقد على النحو الذى التزم به دون علم يبرر هذا الامتناع . ولا ينشأ هذا النوع من الضمان لذلك بفعل الصبي والمجنون والمعتوه ومن في حكمهم ممن عديموا أهلية التعاقد وتنتجيد الأضرار المعوض عنها في العقد بالأضرار المباشرة المتوقعة للطرفين عند التعاقد ، لأنها هي الأضرار المترتبة في العقد بتعير الكاساتى<sup>(٢)</sup> . وإذا استند الضرر إلى فعل مأذون فيه عقداً وآخر محرم شرعاً فإن واجب التعويض يتوزع عليهما بنسبة ما تسبب فيه كل منهما من ضرر . أما إذا استقل الفعل المحرم شرعاً بإنتاج الضرر وانتسب إليه فإن التعويض يجب كاملاً ، وبعد ذلك من ضمان العلوان رغم وجود العلاقة التعاقدية . ويحيل إلى ذلك أن تطبيق مبدأ الخيرة بين الضمانين في حكم النادر القليل من وجهة النظر الفقهية . وإنما ينشأ ضمان العلوان في الفقه الإسلامى على الرغم من وجود العقد لسببين :

أولهما : إذا كانت المخالفة لشروط العقد كاملة وانتسب الضرر إليها .

(١) مجمع الضمانات : ٢٠ .

(٢) مباح الصانع ٢٠٦/٤ .

والثاني : إذا كان الضرر غير داخل فيما اتفق عليه أطراف العقد . يقول الكاساني : ( لو جهل المكارى بنى آدم ، فما عطب من سوقه وقوده لا يضمنه من جهة الإجارة ، ولا يشبه هذا المتاع ، لأن ضمان بنى آدم ضمان جنائية ، وضمان الجنائية لا يجب بالعقد <sup>(١)</sup> ) . وتدل هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك من الأمتعة مضمون عليه بالعقد ، لأن وجوب الضمان فيه بالخلاف ، أما إذا كان المضمون عليه إنسانا فإنه يكون من ضمان العنوان لوجوبه عليه بالإتلاف لا بالخلاف .

### المبحث الثالث : مشروعية ضمان العنوان وأساسه العامة

٩٦ - تقديم : يتناول هذا المبحث الأمور التالية :

١ - أدلة مشروعية ضمان العنوان .

٢ - حكمة مشروعيته ومقاصد الشريعة من شرعه .

٣ - أسسه العامة في الشريعة من جهة رفع الضرر ومسئولية كل فرد عن عمله والتكافل في تحمل الضرر في الظروف التي تقتضيه وتخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة وواجب التحرز عن الضرر .

#### الفرع الأول : أدلة مشروعية ( ضمان العنوان )

٩٧ - ثبتت مشروعية الضمان عموما بأدلة تفيد اليقين لتواردها على إيجابه وتواترها وتواتر معناها . من ذلك الآيات القرآنية الكريمة المتعلقة بإرساء مبدأ المسؤولية الشخصية ، كما في قوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ <sup>(١)</sup> وقوله : ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾ <sup>(٢)</sup> وقوله : ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم

(١) السابق ٢١٢/٤ .

(٢) للدلل : ٣٨ .

(٣) البقرة : ٢٨٦ .

فيه يختلفون ﴿١﴾ وقوله : ﴿من يعمل سوءاً يجز به﴾ ﴿٢﴾ وقوله : ﴿من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها﴾ ﴿٣﴾ وقوله : ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ﴿٤﴾ . ولا يخفى وجه الدلالة على مشروعية الضمان ، من حيث إنه نوع جزاء على تعدى المرء واكتسابه .

وترسّى آيات أخرى مبداً للتناسب بين المجازاة والضرر ، كقوله تعالى : ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ ﴿٥﴾ وكقوله : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتلوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ﴿٦﴾ وكقوله : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ ﴿٧﴾ . ووجه الاستدلال أن الآيات تقرر مبداً المماثلة في الجزاء عموماً ، سواء كان ضماناً أو عقوبة ، لتحقيق العلالة والإنصاف . وإنما أطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة واعتداء لمجرد المشاكلة وتأكيد مبداً المماثلة .

٩٨ - ويوجب القرآن الكريم مبداً احترام حق الملك بقوله تعالى : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم﴾ ﴿٨﴾ وقوله : ﴿يأبى الله الذين آمنوا ألا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ بينكم﴾ ﴿٩﴾ وقوله : ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا﴾ ﴿١٠﴾ ووجه الاستدلال أن الشارع حرم التعدى على مال الغير واعتبره ظلماً وتوعد عليه بالعقاب . والضمان إنما هو لرفع هذا الظلم ولحماية حق المالك :

وتفريعا على ذلك أو جب أداء الأموال إلى أربابها ، سواء كان وجودها

(١) الأنعام : ١٦٤ .

(٢) النساء : ١٢٣ .

(٣) فصلت : ٤٦ .

(٤) طاهر : ١٨ .

(٥) الشورى : ٤٠ .

(٦) البقرة : ١٩٤ .

(٧) النحل : ١٣٦ .

(٨) البقرة : ١٨٨ .

(٩) النساء : ٢٩ .

(١٠) النساء : ١٠ .

في يد الغير على سبيل الأمانة أو على سبيل التعدي . يقول تعالى في شأن وجوب ردّ الأمانات : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ <sup>(١)</sup> . ويستلزم الأمر بأدائها شغل الذمة بها ، وإلا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب ، وهذا لا يتصور . وشغل الذمة بأداء واجب مالي هو أحد مفاهيم الضمان كما تقدم . أما إذا كانت الأموال في يد غير أهلها على سبيل التعدي فقد أوضحت السنة قيام الضمان إلى حين أداء هذه الأموال . يقول النبي ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » . ولا يدل الحديث على وجوب الضمان من حيث الاقتضاء أو توقف فهم المراد من الحديث على تقديره فحسب ، بل يدل الحديث على هذا الوجوب بنصه ، لأنه المعنى المباشر الذي سبق الحديث لأدائه .

وقد حكم ﷺ بوجوب الضمان لإتلاف مال الغير في بعض الوقائع من ذلك حديث أنس الذي جاء فيه : « أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلقت ما فيها ، فقال رسول الله ﷺ : « طعام بطعام ، وإناء بإناء » وفي ذلك أوجب الرسول ﷺ طعام يذل الطعام التالف وإناء عوضا عن الإناء التالف ، وهذا التعويض هو الواجب بالضمان .

وقد أوضحت السنة أن ( ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق ) <sup>(٢)</sup> ، فلا يضرب ولا يذل إلا على سبيل الحد والتعزير . ومن أجمع ما جاء في ذلك قوله ﷺ في خطبة الوداع : « .. إن الله تبارك وتعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها ، كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا . ألا هل بلغت » <sup>(٣)</sup> .

(١) النساء : ٥٨ .

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر : ٨٥/١٢ ط لاهور ١٩٨١ ، وهو حديث رواه البخاري في كتاب الحدود .

(٣) السابق .

٩٩ - نفى الضرر : ومن أهم الأدلة على مشروعية الضمان قوله ﷺ :

« لا ضرر ولا ضرار » . وقد أثبتته مالك في الموطأ بهذا اللفظ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه يحيى بن عمارة . بن حسن التابعي . والحديث مرسل في هذه الرواية . ووصله الدارودي عن طريق أبي سعيد الخدري بزيادة : ومن ضرر أضر الله به ومن شاق شق الله عليه<sup>(١)</sup> . ويذكر الزهلي أن هذا الحديث قد روى من طريق عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي ثابة ، وثعلبة بن مالك وجابر بن عبد الله وعائشة . هذا الحديث قد أخرجه كل من ابن ماجه وابن شيبة وعبد الرزاق وأحمد والطبراني والدارقطني والحاكم وابن عبد البر والشافعي وأبو داود وأبو نعيم والنسائي والترمذي<sup>(٢)</sup> . ويذكر التروى أن هذا الحديث حسن ، وله طرق يقوى بعضها بعضا ، وقال العلائي : له شواهد وطرق يرتقى مجموعها إلى درجة الصحة<sup>(٣)</sup> . ولا يتقوى هذا الحديث بتعدد طرقه وتنوعها فحسب بل تسانده قواعد الشرع وأحكامه القاضية بمنع الظلم والإضرار بالغير وإقامة العدل والإحسان وحرمة مال المسلم ودمه وعرضه والأمر بالرفق بالجار . والإحسان إلى الضعاف . ويبلغ الحديث بالانتفاة لذلك مبلغ التواتر المعنوي ، ولذا لا يتنازع أحد في صحته من هذا الوجه ، بل ويراه البعض أحد الأحاديث الخمسة التي يلبور عليها الفقه<sup>(٤)</sup> . ويعتبره السيوطي وابن نجيم أصلاً لكثير من أبواب الفقه كالضمان والشفعة والقصاص والديات والحجر والجيز على القسمة في شركة الملك<sup>(٥)</sup> .

ووجه دلالة الحديث على مشروعية الضمان أن الحديث يستلزم لفهمه وجوب الضمان من جهة أن الحديث لم يرد لنفى الضرر في الواقع المحسوس ، وإنما

(١) لوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاتلغوى ، ونشر إدارة التأليفات الأشرفية بملتان - باكستان ، ٢٢٥/١٢ .

(٢) نصب الرأية في تخرىج أحاديث الحديث للحذلى : ٣٨٤/٤ ط لاهور مصورة .

(٣) لوجز المسالك : ٢٢٦/١٢ .

(٤) السابق ٢٢٥/١٢ .

(٥) الأضية والنظار للسيوطي : ٨٣ ، ولابن نجيم : ٨٥ ، وغمر عيون البصائر للحموي : ١٢١/١ .

أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير وإيجاب الضمان على من أوقعه . وهذا هو منصوص القاعدة الفقهية : الضرر يزال ، فإنه لا طريق إلى إزالة الضرر الواقع إلا بإيجاب الضمان تداركا لهذا الضرر .

١٠٠ - ويدل الضرر في الاستعمال الاصطلاحي على الحرج والنقص في الأموال والأنفس . وله في اللغة عدة معان ، منها الضيق والشدة وسوء الحال والمكروه . قال في الصحاح : مكان ذو ضرر أى ضيق . وفي القاموس : الضرر الضيق . وفي المصباح : الضرر بمعنى فعل المكروه ، وضره فعل به مكروها . وفي المنجد : الضرر والضرر ضد النفع بمعنى الشدة والضيق وسوء الحال ودخول النقص في الشيء . وقد وردت في القرآن الكريم كلمة الضراء في مقابل السراء بمعنى الشدة والقحط في قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَنْفِقُونَ فِي السَّاءِ وَالضَّرَاءِ ﴾ (١) . والضر والضرر والإضرار كلها بمعنى واحد .

أما الضرار فقد اختلفوا في تحديد معناه وعلاقته بالضرر ، فقال علماء اللغة إنهما بمعنى واحد ، وورد عن بعضهم أن الضر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعدا . وقيل الضرار أن تضره من غير أن تنتفع . والضر أن تضره وأنت تنتفع به . وقيل الضرار الجزاء على الضرر الذي يقع في الابتداء . وهذا هو الذي رجحه بعضهم ، ففى النهاية الأثرية أن قوله لا ضرار معناه أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ، وهو فعال من الضر ، أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه . وهذا هو ما جاء في لسان العرب وتاج العروس والوسيط ، وهو ما رجحه ابن نجيم والسيوطي . ويبدو أن هذا الترجيح مستند إلى قاعدة المفاعلة التي ترجع إلى فعل الاثنين فصاعدا .

وقد ورد الضرار في القرآن في ستة مواضع بمعنى الإضرار المال والنفسي كذلك . ولا أجد ما يفرقها عن الضرر في هذه المواضع كلها إلا معنى التكلف والافتعال الذي يقتضى القصد والنية ، فكأن الضرر من النقص في الأموال والأنفس والحرج دون التفات إلى نية المتسبب فيه ، أما الضرار فهو التسبب

(١) آل عمران : ١٣٤ .

في الحرج نفسه مع القصد إليه . وقد يفسر ذلك سبب العلول إلى صيغة الضرار في هذه المواطن الستة ، وهي :

- قوله تعالى ﴿ وَلَا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّتَعْتَلُوا ﴾<sup>(١)</sup> أى قصدا إلى الإضرار بهن ، بمعنى أنه لا يرجع زوجته إليه بعد طلاقها لا بقصد إمساكها واستئناف حياة زوجية معها وإنما مجرد الإضرار بها .

- قوله تعالى : ﴿ لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾<sup>(٢)</sup> أى لا يقصد أحدهما إلى الإضرار بالآخر ، كأن يمنع الزوج نفقة الابن للإضرار بالزوجة ، أو يمنع أحدهما الآخر من رؤية الولد عند إشرافه عليه وحضائه له .

- قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَضُرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ﴾<sup>(٣)</sup> محمول على النهي عن القصد إلى الإضرار كذلك ، سواء كان البناء للفاعل ، وتوجه النهي إلى الكاتب والشهيد ، فيحرم عليهما القصد إلى الإضرار بأصحاب الحقوق بالكتان والتحريف ، أم كان على البناء للمفعول بمعنى أنه لا يجوز لأحد أن يضرَّ بهما بتعطيلهما أو تكليفهما التردد على مجالس القضاء دون تحمل مئوتيهما .

- قوله تعالى : ﴿ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾<sup>(٤)</sup> معناه أنه لا يجوز لرب المال أن يتعمد الإضرار بورده بالإقرار بديون غير حقيقية .

- قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ اتَّخَلَّوْا مَسْجِدًا ضَرَارًا ﴾<sup>(٥)</sup> معناه أنهم اتَّخَلَّوْا هذا المسجد بقصد إضرار المسلمين وتثريبهم .

- قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾<sup>(٦)</sup> فيه معنى القصد

أيضا .

(١) البقرة : ٢٢١ .

(٢) البقرة : ٢٣٣ .

(٣) البقرة : ٢٨٢ .

(٤) النساء : ١٢ .

(٥) النوبة : ١٠٧ .

(٦) الطلاق : ٦ .

ويبدو لي لذلك أن التفريق بين الضرر والضرر على أساس تجرد الضرر للحدث نفسه دون إشارة إلى النية واستشعار القصد في الضرر هو أولى من التفريق بينهما بالنظر إلى معنى المفاعلة في فهم عدد كبير من العلماء ، كما أنه الأولى فيما يبدو لي كذلك من التفريق بينهما على أساس اختصاص الضرر بالنقص في الأموال والأنفس دون الأحاسيس النفسية على حين يرجع الضرر إلى هنا الجانب النفسي فيما انتصر له الحميمي الموسوي وطبقه على المواطن الستة السابق ذكرها . وعبارته أن الضرر وتصاريفه يستعمل في التضييق وإيصال التضييق وإيصال المكروه والخرج والتكلف كما أن الشائع في الضرر والضرر والإضرار هو استعمالها في المال والنفس<sup>(١)</sup> .

١٠١ - وإذا كان الحديث يقتضي ، حسب الضمان تداركاً للضرر الواقع ورفعاً له بأسلوب النفي فإنه يستلزم تدارك جميع الأضرار دون تفریق بينهما ، حتى لا يثبت إقرار الشارع لأي منها بعد نفيه لها . ويستقيم فهم هذا العموم على جميع الاحتمالات التي قد ينصرف إليها فهم هذا الحديث . والاحتمالات هي<sup>(٢)</sup> :

(أ) نفي الحكم الشرعي المتضمن للضرر . فمعنى قوله لا ضرر على هذا الاحتمال انه ليس هناك حكم شرعي فيه ضرر . ويقوى هذا الاحتمال على رواية لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ومعناه بهذا لا ضرر مسبباً عن الحكم الشرعي . والحديث بهذا إخبار عن واقع التشريع الإسلامي وأنه لا يتضمن إضراراً بأحد .

(ب) المنفى في الحديث هو الضرر غير المتدارك بالضمان ، مما يقتضي أن الشارع حكم بتدارك جميع الأضرار بالضمان ورفعها .

(ج) الحمل على النفي كقوله تعالى : ﴿ فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ﴾<sup>(٣)</sup> .

(١) الرسائل للحميمي الموسوي : ص ٢٨ مؤسسة إسماعيليان ١٣٨٥ هـ .

(٢) السابق ص ٣٢ - ٤٥ .

(٣) البقرة : ١٩٧ .

١٠٢ - وتقوى لإرادة عموم جميع أنواع الضرر في الحديث بالالتفات إلى صيغته المؤلفة من النفي والتكثرة التي تفيد العموم في هذا السياق . وكذلك فإن الضرر يُحمل على مدلوله العرفي بحكم أن الشارع لم يحدد هذا المفهوم فينصرف إلى المدلول العرفي . وقد استشرع الفقهاء هذا العموم في صياغتهم للقاعدة الفقهية الكلية القاضية برفع الضرر ، ونصها : الضرر يزال<sup>(١)</sup> . ويجب العمل لهذا على أن يشمل الضمان جميع الأضرار التي يعلها العرف كذلك ، سواء تعلقت بأعيان الأموال أو بمنافعها أو بالبدن الإنساني أو بمنافعه أو بالجوانب النفسية والشعورية . ويجب كذلك صياغة الأحكام الفقهية المتعلقة بالضمان على ضوء هذه الغايات والمقاصد التي أرادها الشارع لتدارك ما يعد في العرف ضرراً .

### الفرع الثاني : مقاصد ضمان العلوان -

١٠٣ - حلد القرافي والعز بن عبد السلام والكاساني وغيرهم مقصد الشارع من وضع حكم الضمان وشرعه برفع الضرر وجبره . وهم يعنونونه من الجوابر التي شرعت في مقابل الزواجر لكل من ( جلب المصالح .. وجبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده ، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً ، ولذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والتسيان وعلى المجانين والصبيان )<sup>(٢)</sup> .

- وإذا كانت ( الأموال لا تجبر إلا بجابر مالي )<sup>(٣)</sup> ، وكذلك حقوق العباد الأخرى ، فقد ناسبه تقدير الواجب في الضمان بالأموال . والواجب عموماً هو رد المثل أو القيمة أو الديات والأروش أو حكومة العدل . وبهذا اعتبر الفقهاء أن جلب ما فات من المصالح وجبر ما فات منها بالجوابر المالية هو المقصد الأساسي للضمان ، وهو الذي يفرقه عن العقوبة ، بحكم أن المقصود الأساسي منها هو الردع والزجر .

(١) الأشبه والظاهر للسبوطي ص ٨٣ ، ولابن نجيم ص ٨٥ .

(٢) قواعد الأحكام ١/١٧٨ .

(٣) السابق : ١/١٧٩ .

١٠٤ - وعلى سبيل المقارنة فقد تغير المقصد الذى أرادته القوانين  
الوضعية من المسؤولية التقصيرية بتغير الظروف التاريخية ، فقد قصدت  
هذه القوانين أول ما قصدت إلى ترضية المتضرر وتهدئته وانتزاع سخطه واعتبرته  
هدفها الأسمى من إيجاب التعويض ، منعا للنزاع وقيام الفتن . غير أنه قد وجد  
فيما بعد أن التركيز على هذا الهدف من شأنه أن يثير في الطرف الآخر روح  
المقاومة والرغبة في الثأر . ولذلك اتجه التفكير في مرحلة تاريخية أخرى إلى إحلال  
هدف الردع والمنع محل العمل على ترضية المتضرر . وقد ناسب هذا المعنى مرحلة  
قصر الحكم بالتعويض على التعديت المشتملة على القصد السيء أو التعمد ، وقبل  
الاعتراف بالإهمال سببا مستقلا لإيجاب المسؤولية التقصيرية . وقد لوحظ  
بعد تطور هذه المسؤولية في التفكير القانوني أن هدف الردع لا يناسبها ، من جهة  
أن التعويض لا يمنع من الأخطاء البشرية غير المقصودة ، وخاصة في حوادث  
الطرق التى تنشأ في معظم الأحوال من أخطاء تافهة لا يستطيع السائق أن يتجنبها  
على الدوام . وقد أظهرت إحصائية وزارة النقل والمواصلات الأمريكية في أوائل  
السبعينات أن السائق المتمرس الذى لم يتعرض لحادثة في السنوات الأربع السابقة  
على اختياره يرتكب حوالى تسعة أخطاء من أربعة أنواع كل خمس دقائق  
من قيادته<sup>(١)</sup> . ومن جهة أخرى فإن عقوبات القوانين الجنائية أقرب إلى تحقيق  
هذا الهدف من شرع الضمان .

١٠٥ - ويتناول علم أمريكى اسمه جويلو جالا بريسى Guido Galabresi  
هدف الردع المقصود من التعويض تناولاً آخر يستند إلى ما أسماه  
( الردع العام ) الذى يقوم على حساب تكلفة التعويض المحتمل وجوهه في إنتاج سعة  
من السلع وترويجها ، أو في أى نشاط ، وإضافة هذه التكلفة إلى تكلفة هذا الإنتاج  
أو النشاط . ويرى جويلو أن حساب التكلفة على هذا النحو من شأنه أن يؤدي  
إلى تحديد مستوى الإقدام على أى نشاط وتعيين طريقة مباشرته وإلى التحكم  
الاجتماعى في كل ذلك عن طريق زيادة التكلفة برفع مقلد التعويض ونسبته .  
ويرجع هذا التناول إلى أن قوى السوق تضمن أفضل تخصيص لعناصر الثروة ،

وتحدد أغلب القرارات الاجتماعية بشأن الأنشطة المتسببة في الضرر عن طريق تحميل الفرد تبعاً نشاطه الضار بغيره . وعلى سبيل المثال فإن من الممكن التحكم في مستوى الإقدام على قيادة صغار السن للسيارات عن طريق رفع أقساط التأمين . وكذلك لو صدر قانون يلزم شركات صناعة السيارات بنسبة من التعويضات الواجبة في تلك الحوادث التي تتعرض لها سياراتها الحالية من الحزام الواقي فإن هذه الشركات ستقارن بين تكلفة الحوادث وتكلفة تصنيع هذا الحزام مما يؤثر في النهاية على قرارها<sup>(١)</sup> . غير أن هذه النظرية معيبة في أساسها من جهة أنه لا يجوز لأى نظام قانوني أن يسمح بالنشاط الضار لمن استطاع تحمل تكلفته . ولا يجوز كذلك الوثوق بقوى السوق في مجال الحد من الأضرار ، ولذا تتدخل الدول الحديثة بفرض قوانين الضمان الاجتماعي لتوزيع الضرر بدلا مما ترمى إليه نظرية ( جوهنو ) التي لا تعمل إلا إذا تحمل المتسبب في الضرر تكلفة هذا الضرر .

١٠٦ - وقد اتجه البعض إلى التفكير في العدالة باعتبارها المقصد الأسوى للضمان . وتستلزم العدالة في هذا السياق ألا تترك الضرر يستقر حيثما وقع وإنما يجب أن يتحملة المتعدى ، فهو الأولى بالحمل عليه . غير أن الحكم بالضمان لا يستند في كثير من الأحوال إلى ما توجبه هذه النظرة الخلقية ، فمن انقلب وهو نائم على متاع غيره فأثقله ضمن ما نشأ عن فعله من ضرر وإن لم يكن ظالما ولا معتديا . ولو أثلف صغير مال غيره ضمنه وإن لم يكن ملوما من الناحية الخلقية ، كما إذا كان غير مميز . ويتضح من هذا أن التعويض وجبر الضرر هو المهدف العام للضمان .

وقد استقر التفكير القانوني بشكل عام على اعتبار تعويض المتضرر بنقل الضرر وتوزيعه على قطاع يستطيع تحمله دون إرهاب هو المهدف الأعلى لنظام المسؤولية التقصيرية . وهو بذلك يقترب مما عبر عنه الفقهاء المسلمون : الكاسانى والعرزى والقرائى .

١٠٧ - ويسلم تحديد المقصد العام للضمان في جبر الضرر وتعويض

(١) Tort Law, Dias and Marksins P. 12-13

المتضرر إلى السؤال عن الوسائل والكييفيات التي اعترف بها الفقه الإسلامي لتحقيق هذا المقصد . وقد سلفت الإشارة إلى أن المبادئ الشرعية قد اتخذت نوعين من الوسائل لضمان تعويض المتضرر : أولهما تحميل المتعدى واجب التعويض ونقل الضرر إليه باعتباره مسئولاً عنه أو أنه هو الأولي بالحمل عليه ، وذلك في الأضرار المالية والجسدية التي تقل عن نصف عشر الدية في المذهب الحنفي أو في حدود ثلث الدية في مذهب الجمهور . والثاني إلقاء واجب التعويض على العاقله فيما تتحمله ، توزيعاً للضرر ونقله له من جانب المتضرر إلى طائفة من الناس أو جماعة تستطيع تحمله دون مشقة .

وإذا صح هذا الفهم وجب تحديد مقصود الشارع من شرع الضمان بجبر الضرر عن طريق نقله من المضرور إلى من تسبب في إلحاق الضرر به أو توزيعه على أفراد العاقله الذين لا يشق عليهم تحمله ، رعاية لمصلحة المتضرر ومصلحة التسبب في الضرر على السواء . ويفتح هذا التحليل لدور العاقله الباب للاجتهاد في إقامة مؤسسات التأمين التعاونية التي تيسر للعاقله أداء دورها في سياق التعاملات الحديثة . ويجوز أن تتحمل هذه المؤسسات الضمانات الواجبة على أعضائها في الأضرار المالية كذلك ، سواء بإطلاق ما تتحمله هذه المؤسسات عن أعضائها أو بوضع حد أدنى لما تتحمل عنهم .

١٠٨ - ولا يشمل القصد من الضمان بوضعه هذا الوضع الأهداف الأخرى ، كترضية المضرور وتعديته وإقامة العدالة وردع المخطيء أو المتعدى ، وإن لزم من المقصود العلم منه ، وهو إيصال التعويض إلى المتضرر ، لزوم وجود رواقع لا لزوم تشريع . ولا يقصد الشارع إلى رفع ضرر المدعى بالإضرار بالمدعى عليه . دليله أنه شرع العاقله لتحمل الضرر عن المدعى عليه هو الآخر في أكثر الإصابات دورانا ووقوعا وأكثرها تكلفة . والشارع إنما يقصد إلى إيقاع المصالح وإن لزم عنها الإضرار بأحد واقعا فلا يعنى ذلك دخولها في قصد الشارع واعتباره لها ، فالطبيب فيما أوضحه الشاطبي يعلم تألم المريض أثناء إجراء الجراحة دون أن يقصد إيقاع هذا الألم .

وعلى سبيل المقارنه فقد أدى ظهور التأمين إلى تيسر حصول المدعى

على حقه دون إرهاب للمدعى عليه... ويشبه الدور الذي تقوم به شركات التأمين من بعض جوانبه دور العاقلة التاريخي، وذلك بالنظر إلى التخفيف عن المدعى عليه. غير أن هذا النظام الجديد يتجه إلى إلقاء الضرر على الطرف الذي يستطيع تحمله على نحو أكثر يسرا، سواء كان المضرور نفسه، أو المتسبب في الضرر. وقد تحقق ذلك في مجال المسؤولية عن الحوادث الصناعية Industrial accidents، حيث أصبح مبدأ ترك الضرر يستقر على العمال وحدهم في الأحوال التي لا يخطئ فيها رب العمل أمرا غير مقبول من الناحية السياسية، ورنى لذلك أن رب العمل هو الأقدر على تحمل هذه الأضرار، وأنه يستطيع اتخاذ التدابير اللازمة للتأمين ضدها وإضافة تكلفة هذه التدابير إلى أثمان البضاعة التي ينتجها، وبذا يتحملها في النهاية المستهلكون لهذه البضاعة. وبذلك يتجه التفكير القانوني في تحديده للمقصود من نظام المسؤولية التقصيرية إلى أن التعويض ينقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من الناس عن طريق إلزام أقدر الأطراف على تحمله هو الهدف الأساسي للضمان. وتنازع اتجاهات كثيرة مع ذلك - في إلقاء الضمان على الطرف الأقدر على تحمله، وتوجب إلقاء مسؤولية الضرر على الطرف المتسبب فيه. وهو ما تتجه إليه مدرسة شيكاغو التي يمثلها الأستاذ Posner

١٠٩ - وليس في المبادئ الشرعية ما يسوغ إلقاء الضرر على الطرف الأقدر على تحمله. ويرتبط هذا الهدف الذي اتخذته شركات التأمين شعارا لها بطبيعة عملها الذي يتفيا الربح، وهي تفضل لذلك التعامل مع أصحاب المشروعات الضخمة الذين يستطيعون تحمل نفقات التأمين واتخاذ التدابير اللازمة لنقل هذه النفقات إلى الجماهير المستهلكة لإنتاجها. أما الفقه الإسلامي فقد اتخذ تعويض المتضرر هدفا له من إيجاب الضمان على المتسبب فيه. وفي حدود هذا الهدف ينتقل واجب أداء التعويض من المتسبب فيه إلى عاقلته في الأحوال التي تستوجب هذا النقل، وذلك إذا كان الواجب هو ما فوق الثلث في المذهب المالكي وابتداء من الثلث في المذهب الحنبل، أو نصف العشر في المذهب الحنفي، خلافا للشافعي الذي تتحمل العاقلة عنده جميع ما يتعلق بالإصابات البدنية، بلا فرق بين القليل والكثير، لأن من ألزم بالكثير فالإلزامه بالقليل من باب

أولى<sup>(١)</sup> . ويتحمل بيت المال الدية إذا لم تكن هناك عاقلة ، كما هو الحال الآن في معظم البلاد الإسلامية ، في رأى جمهور الفقهاء ، خلافاً لرواية عن أبى حنيفة وبعض الحنابلة ممن ذهبوا إلى وجوب الدية في مال القاتل أو الجراح إذا لم تكن له عاقلة<sup>(٢)</sup> . ويفضل المرحوم عبد القادر عودة رأى الجمهور ، ويوجب تحميل الدية على بيت المال في ظروفنا المعاصرة التى لا وجود فيها للعواقل القادرة على الوفاء بالدية في أغلب الأحيان . ومع ما فيه من إرهاب للجزاة العامة فيجب ألا يحول ذلك دون تحقيق أغراض الشريعة في تعويض المتضررين ورفع الظلم عنهم ، وتستطيع الحكومة ( أن تخصص الترامات التى يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض . وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى بها أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين . ولقد أخذت بعض البلاد الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا .. وهذا الذى أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التى ترمى الشريعة لتحقيقها<sup>(٣)</sup> .

١١ - وإذا تحددت صياغة المقصود من شرع الضمان في التعويض على هذا النحو مع الأخذ في الاعتبار بالتأثيرات العملية لتطبيقات هذا الهدف في الواقع ، من حيث أدائه إلى تطيب نفس المتضرر وردع التسبب في الضرر بمعنى حثه على السلوك القويم وزيادة العناية بحقوق الآخرين والتأثير على قراره فيما يتعلق بإنتاج السلع المعيبة أو القيام بنشاط يعرض غيره للخطر ، وذلك بإجباره على أداء ثمن مرتفع لهذا النشاط أو الإنتاج مما يقلل قدرة المنتج على التنافس ويلزمه في النهاية باحترام المصالح الاجتماعية التى أرادها الشارع . وتقدم ملاحظات جوبلو السابقة أدوات التحليل الاقتصادى للتأثيرات العملية المتعلقة بإلقاء الضمان على التسبب في الضرر أو عاقلته أو بيت المال الذى يدخل في مفهوم العاقلة في المذهب الحنفى والذى يراه الجمهور أهلاً لتحمل واجبات العاقلة المالية عند عديمها . وتتنوع هذه الآثار الاقتصادية والاجتماعية تنوعاً

(١) مواهب الجليل ٢٦٥/٦ ، والمثنى ٥٠٥/٩ ، والبدائع ٢٥٥/٧ ، والمهلب ٢٢٧/٢ .

(٢) مواهب الجليل ٢٦٦/٦ ، والمثنى ٥٢٤/٩ ، والبدائع ٢٥٦/٧ ، والمهلب ٢٢٨/٢ .

(٣) الشريعة الجنائى الإسلامى ٦٧٨/١ .

يستوجب الاعتراف بفائدته في التحليل العام لأحكام الضمان<sup>١</sup>، فالمجالس البلدية التي تتولى أعمال الحفر في الشوارع لصيانة المرافق المختلفة وإنشائها كثيرا ما تسبب بإهمالها في الإضرار بالمرّة . ويؤدى عدم مؤاخذه هذه المجالس بأحكام الضمان إلى تقليل تكلفة أعمال هذه المجالس من جهة وإلى حدوث كثيرا من الخسائر المادية والبشرية من جهة أخرى ويروى إلى الذهن أن الزيادة في تكلفة أعمال المجالس البلدية نظير التزامها بالحرص وتقدير مصالح المستفيدين بمخدماتها تقل كثيرا عن تكلفة الخسائر المادية والبشرية التي تلحق أفراد المجتمع في النهاية . ويستفيد القضاة في النهاية بهذه التقديرات الواقعية والتحليلات الاقتصادية أثناء تطبيقهم للأحكام الشرعية . كما أن هذه التحليلات سوف تساعدنا كذلك على فهم الأحكام القضائية ومعرفة أسسها العميقة التي تستند إليها . وقد يعد إلقاء الضمان على المجالس البلدية في هذا المثال بخصومه تطبيقا للقاعدة الفقهية التي توجب دفع الضرر الأعم بالأخص .

١١١ - وقد أراد عمر بن الخطاب الاعتماد على الضمان لتحقيق أهداف اجتماعية معينة . وذلك كما في قضية غلمان حاطب بن أبى بلتعة الذين (سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ، فرفع ذلك لعمر بن الخطاب ، فأمر عمر كثير ابن الصلت أن يقطع أيديهم . ثم قال عمر : أراك تجميعهم ثم قال عمر : والله لأغرمك غراما يشق عليك . ثم قال للمزني : كم ثمن ناقك . فقال المزني : كنت والله أمتعها من أربعمائة درهم . فقال عمر : أعطه ثمانمائة درهم<sup>(١)</sup> . وعلق الإمام مالك على ذلك بقوله : ( وليس على هذا العمل عندنا . ولكن مضى امر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها<sup>(٢)</sup> ) . ومن الواضح أن مالكا يشير إلى الأصل العام وأن قضاء عمر لا يعارض هذا الأصل باعتباره استثناء منه في الأحوال التي يرى الإمام أنها تقتضيها وأن لتحقيق المصلحة الاجتماعية تستوجب تضييع الغرم أو التعويض وبهذا يعد الضمان أداة فعالة في تحقيق المصالح الاجتماعية وجلبها وجبر ما فات منها ، طبقا لما ذكره عمر ابن عبد السلام .

(١) أوجز المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا الكاتحلوى : ٢٤٠/١٢ . (٢) السابق .

### الفرع الثالث : المبادئ الشرعية العامة لضمان العذوان

١١٢ - يقوم البناء العام لضمان العذوان على عدد من المبادئ الشرعية التى يعين الوعى بها على تصور هذا البناء . وأهم هذه المبادئ :

١ - عموم مسئولية المزمع عن كل ما يترتب على فعله غير المأذون فيه شرعا ، على اعتبار أن الرضا بالشئ رضا بما يتولد عنه ، وإطلاقا لمبدأ مسئولية المزمع عما ارتكبه .

٢ - عموم الضرر الواجب ضمانه لعموم الضرر المنفى فى قوله <sup>مما لا</sup> ضرر ولا ضرار .

٣ - استناد وجوب أداء الضمان إلى معنى التكافل الاجتماعى فى الأحوال التى توجب .

٤ - نقل عبء إثبات التعدى من المعتدى إلى المعتدى عليه فى مواطن التهم .

واليك توضيح المقصود من هذه المبادئ .

١١٣ - عموم المسئولية : أرست الشريعة مبدأ مسئولية كل فرد عن عمله بنصوص القرآن والسنة النبوية فيما سبق التعرض له . وتتنوع الأعمال الموجبة لضمان العذوان تنوعا يصعب معه حصرها ، وإن رجعت إلى معيار عام هو أن يكون الفعل المنشئ للضرر غير مأذون فى فعله بأصله ، إذا كان محرما ، أو يوصفه كما إذا كان أداؤه للضرر غالبا . ، أو كان مباحا وصحبه قصدا التعدى أو الإهمال وعدم العناية . ولا يشترط فى الفعل الموجب لضمان العذوان أن يكون فعلا ماديا إيجابيا ، فالصدمة العصبية Nervius Shock التى اعتبرتها القوانين الحديثة فى هذا القرن موجبة للتعويض من الأفعال التى اعتبرها الفقهاء موجبة للضمان منذ عصر الصحابة ، يدل على ذلك قضية المرأة التى أرسل إليها عمر بن الخطاب يستدعيها لحضور مجلسه . ففرغت فرعا شديدا ، فكانت تقول فى طريقها : مالى ولعمر حتى أجهضت وماتت : وقد قضى لها عمر بالدية بناء على مشورة

على بن أبي طالب ، خلافا لجمهور الصحابة الذين اعتقلوا أن عمر لم يخطئ في إرساله للمرأة لكونه واليا ومؤدبا وأنه كان يقوم بواجبات وظيفته حين أرسل إلى المرأة من يستدعيها . لكن عليا رد عليهم بأن المرأة ماتت فزعا من استدعاء الخليفة لها ، وكأنه أوجب على الخليفة أن يتلطف في استدعائها ، خاصة وأن المرأة حامل ، وأن يبين لها سبب هذا الاستدعاء حتى لا يتركها فيها لهذه الظنون التي أفرعتها على نحو أودى بحياتها<sup>(١)</sup> .

ويوجب الفعل السلي أو الترك والكف الضمان في الفقه الإسلامي ، طبقا لما سبقت الإشارة إليه . وبهذا تشمل موجبات الضمان كلا من التعمد والإهمال والمباشرة والتسبب ، شريطة ألا يكون الفعل مأذونا فيه من قبل الشارع . فإذا حفر أحد حفرة في طريق عام ، ولم يكن مأذونا في ذلك ، ضمن ما أضره الحفر بالغير . وإذا كان مأذونا من قبل ولي الأمر بهذا الحفر ، لمصلحة تقتضيه ، ولم يتخذ ما يلزم لتنبية المارة من إشارات ضوئية تعلن عن الحفرة حتى يتمكن المارة من توقعها ، فإن عليه الضمان كذلك لما صحب فعل الحفر ، المباح بالإذن ممن له حق الإذن ، من إهمال وتقصور .

١١٤ - ولا تنقيد المسؤولية بالأضرار المباشرة الناشئة عن الفعل ، بل تشمل النتائج الاحتمالية التي تنسب في العادة إلى هذا الفعل غير المأذون فيه . ولا يرفع المسؤولية لذلك اعتبار الضرر نتيجة مباشرة لفعل الغير . وتجب المسؤولية عن فعل الغير إذا لم يكن هذا الفعل مستقلا بنفسه في إحداث الضرر ، وأمكن إسناد هذا الضرر إلى السبب . وقد عرف الفقه الإسلامي في المسؤولية عن فعل الغير صورا عديدة ، منها مسؤولية الأمر ، ومسؤولية شاهد الزور عما يقضي به القاضي ، ومسؤولية الأستاذ عما يفعله صبي الحرفة ، ومسؤولية الآجر عما يتلفه أجيره الخاص . ومما أوجبه الفقه الإسلامي كذلك المسؤولية عن الآلات والأدوات والحيوانات . والقاعدة العامة لذلك أن أى سلوك مغالف لما أوجبه

---

(١) البدع شرح القنع .

الشارع من عناية وتبصر يوجب الضمان إذا تسبب هذا السلوك في الإضرار بالغير . وسيأتي توضيحه في مناسبه .

١١٥ - ولا يعد الفعل موجبا للضمان إذا كان الفعل مباحاً شرعاً بأصله ووصفه ، فالقاعدة أن الإذن ينافي الضمان<sup>(١)</sup> . ومن تطبيقات ذلك قيام حالة الدفاع الشرعى التى أطلق عليها الفقهاء عنوان دفع الصائل . وفى ذلك يقول مالك ( فى الجمل يصلح على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره أنه إن كانت له ينة على أنه أرادته وصالح عليه فلا غرم عليه ، وإن لم تقم له ينة إلا مقاتلته فهو ضامن للجمل )<sup>(٢)</sup> . وكذلك إذا أراد رجل امرأة على نفسها فلم تستطع دفعه إلا بقتله فلا ضمان عليها<sup>(٣)</sup> . ويختلف ذلك عن حالة الضرورة ، فإن المضطر يباح له الأخذ من مال غيره إلى الحد الذى يكفيه لدفع الضرورة ، ولكنه يضمن ما يأخذه ، لأن الاضطراب لا يبطل حق الغير<sup>(٤)</sup> فى منصوص القاعدة الفقهية . ومن تطبيقات منافية الإذن للضمان كذلك أداء الواجبات الشرعية ، فالقاعدة أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة وأن المباح هو الذى يتقيد به .

وتتنفى المسؤولية لأمرين آخرين ، أولهما : انقطاع نسبة السببية بين الضرر والفعل على النحو الذى يأتي بيانه ، والثانى عدم إمكان التحرز عن الضرر ، فالقاعدة الفقهية أن ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه .

١١٦ - وقد ساعد وضوح مبدأ مسؤولية كل شخص عن فعله فى الشريعة على اكتشاف الفقه الإسلامى منذ بداية تطوره لمفهوم الإهمال المشترك *Contri butory negligence* . يدل على ذلك القضية المعروفة فى هذا الفقه بقضية القارصة والقامصة والواقصة . ذلك أن ثلاث جواركن يلعبن فركبت إحداهن صاحبها ، فقرصت الثالثة المركوبه فقمصت المركوبه ووقعت الراكبة فاندقي عنقها . فقص على رضى الله عنه بثلاث الدية على القارصة والثالث على القامصة

(١) المادة ٩١ من مجلة المدلية .

(٢) أوجر المسالك إلى موطأ مالك : ٢٤٣/١٢ ، وانظر نيل الأوطار : ٧٤/٦ - ٧٩ .

(٣) مجمع الضمانات .

(٤) المادة ٣٣ من مجلة المدلية .

واسقط حصة الواقعة<sup>(١)</sup> . وقد نسب السرخسي لعلی رضی الله عنه أكثر من حکم فی قضايا الإهمال المشترك ، مما يدل علی أنه هو أول من التفت إلى طبیعة هذا النوع من الإهمال .

ویؤكد ذلك مبدأ عموم مسئولية المرء عن نتائج فعله غیر المأذون فیہ شرعا ، سواء استقل فعله هذا بإحداث الضرر أو أسهم فی إيقاعه .

١١٧- عموم الضرر المضمون : توجب الشریعة رفع الضرر مطلقا لقوله ﷺ : لا ضرر ولا ضرار ، وللقاعدة الفقهية المستتلة إلى هذا الحديث ، وهی : الضرر یزال . ویشمل الضرر المضمون لذلك ما يتعلق بما یلی :

١ - أعيان الأموال ومنافعها .

٢ - الحقوق المالية الأخرى كحقوق الاختصاص والارتفاق .

٣ - منفعة الآدمی .

٤ - الحقوق المتعلقة بالجسم الإنسانی وسلامته . فالأذى المتعلق بتلویث هذا الجسم أو عضو فیہ أو منفعة من منافعه أو تشویه إضرار موجب للضمان .

وقد تقدمت الإشارة إلى أن الضرر فی الحديث للعموم ؛ لكنه نكرة فی سياق نفی ، وأن الضرر فی الحديث المذكور محمول علی معناه العرفی الذی يتطابق مع مدلوله اللغوی ، نظرا لعدم وجود تعريف شرعی لمعناه ، فالقاعدة الأصولية أن اللفظ یحمل علی معناه الشرعی أولا ، وإلا حمل علی معناه العرفی ، وإلا وجب حمله علی معناه اللغوی .

١١٨ - ولذلك فإنه لا حجة بهذه الآراء الفقهية التي تقيد الأضرار المضمونة بنوع خاص مما یعله الناس ضررا دون غیره . ولا حجة لمن يتصور من المحدثین بناء علی اطلاع قاصر علی هذه الآراء المحدودة فی الفقه الإسلامي أن الضرر المضمون فی هذا الفقه محدود ضیق ، وأنه لا یشمل سوى الضرر المتعلق

(١) البسوط للسرخسی : ١٦/٢٧ .

بأعيان الأموال دون منافعها ، فضلا عن تلك الجروح والإصابات التي ليس لها أثر مقدّر . وقد وقع صاحب هذا الرأي ، وهو الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، في خطأ مزدوج ، من جهة نسبه رأى علماء المذهب الحنفى الذين أدخلوا بعدم ضمان المنافع إلى سائر المذاهب الفقهية ، برغم أنها اختلفت مع الأخاف في هذا الصدد . ومن جهة أخرى فقد استبعد صاحب هذا الرأي الإصابات والجروح التي قدر لها الشارع جوائرها من بين الأضرار المضمونة على الرغم من أن تقدير التعويض لا ينبغي كونه تعويضا .

وبهذا الاعتبار فإن مفهوم الضرر المضمون في مجموع الآراء الفقهية الأقوى دليلا لمفهوم عالم وشامل الكل ما يتأذى به المرء في جسمه ونفسه وماله وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشارع . وهذا هو ما أخذ به المشروع المصرى للمعاملات المدنية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، التي جاء في مادته رقم ١٨٤ أن ( كل تعدى على الغير في حرمة أو في عرضه أو في شرفه أو في سمته أو في مركزه الاجتماعى أو في اعتباره المالى يوجب مسئولية المتعدى عن التعويض ) . وإنما يقدر التعويض فيما نصت عليه المادة ١٨٣ من هذا المشروع ( بقدر ما لحق للضرر من ضرر وما فاتته من كسب ) .

١١٩ - وإذا اختلفت صور الأضرار الناشئة عن التعدى فمن المنطقي أن تختلف صور التعويض الواجبة لجبر هذه الأضرار ورفعها . ويهدف التعويض في ضمان العدوان إلى الرجوع بالمتضرر لحالته التي كان عليها قبل حدوث التعدى ، وذلك بجلب الفصالح التي كانت متوقعة قبل التعدى وجبر ما فات منها ، طبقا لتعريف الحق بن عبد السلام . ويقدر لذلك بقدر الضرر مع مراعاة الظروف الملائمة ومدى إسهام المتضرر فيما لحقه من ضرر ، حتى لا يسأل المخطئ إلا عما تسبب فيه .

وعلى ضوء ذلك فإن التعويض يشمل مجرد استرداد الحياة ، كما هو الحال في النصب ، كما يكون التعويض بالحكم بتخليه العين مما يشغلها ، كالبناء على العرصة المفصوبة . ومنه كذلك الحكم بالنزع من مزاولة المهنة في مكان معين ، كما لو اتخذ حائطا حائوتا في سوق البازين . ويشمل التعويض كذلك

وجوب رد المثل أو القيمة ، والوفاء بالديات والأروش المقدرة ، ومنه كذلك الوفاء بالأروش غير المقدرة .

١٢٠ - التكافل الاجتماعي في تحمل الضرر : الذى يتولى الوفاء بالتعويض هو المعتدى نفسه في الأضرار المالية ، وفي الأضرار الجسدية التى لم تتجاوز الدية في المذهب المالكي أو التى تقل عن ثلث الدية في المذهب الحنبلي أو التى تقل عن نصف العشر في المذهب الحنفي . ويعنى رفع الضرر في هذه الأحوال نقله وإلقائه على عاتق السبب فيه ، لأن ( الظالم أحق بالحمل عليه ) في منصوص القاعدة الفقهية . وتترى العاقلة التعويض في جميع الإصابات البدنية ، صغيرها وكبيرها في المذهب الشافعي ونصف عشر الدية أو ما زاد عنه عن الأصناف وثلث الدية عند الحنابلة ، وما جاوز الثلث عند المالكية . وتتألف العاقلة عند الأحناف من قرابة العصب وأهل الديوان وبيت المال على الترتيب ، على حين تنصرف عند الجمهور إلى القرابات العvisية وإن لم يمنموا بيت المال من تحمل واجب التعويض إن لم توجد العاقلة ، أو وجدت ولم تستطع القيام بهذا الواجب . وفي ذلك لا ينتقل الضرر من المضرور إلى المعتدى ، بل إلى أفراد العاقلة أو إلى ميزانية الدولة ، على أساس ما يوجبه التعاون والتكافل بين المسلمين ، لا على أساس الحمل على الظالم المتسبب في الضرر .

وقد اعترف الفقه الإسلامى بهذين النظامين معا ، دون أن يمنع غيرهما من الظهور . ولنا نشأ نظم آخر يشبه نظم التأمين التعاوني لتحقيق التكافل بالتعاون في تحمل الأضرار المالية في مقابل ما يقوم به العاقلة في مجال الأضرار البدنية . ويدل على ظهور هذا النظم في القرن الثامن الهجرى قضية تمار البز الحاكمة . ذلك أن هؤلاء التجار قد اتفقوا فيما بينهم على فرض درهم في كل ثوب يبيعونه ، بحيث يوضع ما يجمعونه من ذلك في صندوق خاص لتعويض أى ضرر يحدث لأحدهم . لكن فرض هذا الدرهم قد أدى إلى نقص أعداد المشترين وقلة عدد الأثواب التى يخطئها الحاكمة . ولنا رفعوا الأمر إلى القاضي

الذى أجاز هذه المعاملة شريعة ألا يجبر عليها أحد من التجار<sup>(١)</sup> . وبذلك قيام هذا النوع من التنظيم التعاقدى الذى يختلف عن العاقلة فى طبيعته الاتفاقية على أن الفقه الإسلامى ومبادئه لا تمنع من قيام تنظيمات مماثلة لتوزيع الضرر والتعاون فى تحمله . ومن الواضح أن طبيعة الأضرار التى يتحملها هذا التنظيم إنما تخضع لاتفاق أطراف التعاقد ، على نحو يستجيب لأهدافهم من إقامته .

١٢١ - وتوجه التشريعات الحديثة ، فيما سلفت الإشارة إليه ، إلى تشجيع نزعات التكافل فى توزيع الضرر بدلا من العمل على مجرد نقله من المدعى إلى المدعى عليه . وتتبع هذه التشريعات أحد طريقين : الأول نظم التأمين وفرض الاشتراك فى تحمل أعباء التعويض على فئة أو طائفة من الناس تتعرض لخطر مماثل . ومن أهم صور هذا النظم وأكثرها شيوعا صورة التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات . ويقتضى هذا النوع من التأمين أن يودى كل من لديه سيارة مقدارا معينا من المال بحيث يتفق منه فى التعويض عن هذا النوع من الحوادث . والطريق الآخر قيام الدولة نفسها بتحمل أعباء تعويض المصابين بإصابات بدنية من الميزانية العامة مما يودى إلى توزيع الأضرار على جميع المواطنين . من ذلك ما قامت به إنجلترا عام ١٩٤٦ حين أخذت بنظم يقضى بأن تتحمل الدولة نفسها عبء التأمين لدى إحدى الشركات ، فى مقابل الالتزام بتعويض المصابين فى تلك الظروف التى لا يمكن فيها التعرف على السيارة المتسببة فى هذا الحادث ، أو استخلاص واجب التعويض من قائدها<sup>(٢)</sup> . ويجب تقدير الدور التاريخى للعاقلة فى ضوء هذه المحاولات التشريعية الرامية إلى تحقيق نوع من التعاون فى تحمل الأضرار البدنية ، بصفة خاصة ، نظرا لطبيعة هذه الأضرار واهتمام القوانين بالتعويض عنها ، حتى ( لا يطل دم فى الإسلام ) .

١٢٢ - عبء الإثبات : سبب الضمان هو التعدى المنشئ للضرر ، ولا يجب الضمان لهذا إلا إذا أثبت المدعى خطأ المدعى عليه ، لأن الأصل براءة

(١) الفكر السلى فى تاريخ الفقه الإسلامى للحجرى : ٢/٤٠٠ ، طبعة المكتبة الدالية بالمدينة المنورة سنة ١٣٩٧ هـ .

(٢) Tort law. Dias and Markandya P. 30 (٢)

ذمته من الالتزام بالتعويض ، ولقوله <sup>(١)</sup> : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ولأن القاعدة الفقهية أن اليقين لا يزول بالشك ، ولأن تكليف المدعى عليه بنفى خطئه متعذر ويؤدي إلى فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء .

غير أن طرد ذلك في موضوع الضمان يورث الغبن وأكل أموال الناس بالباطل في كثير من الظروف التي يتعلل فيها قيام المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه أو تعديه . وذلك كالأموال التي يعطيها أربابها لأصحاب الحرف والصناعات ، وتغيب عندهم أياما ، لا يدرى أربابها شيئا عنها . فإذا جاء الصانع وادعى ضياعها أو تلفها أو سرقتها أو احتراقها بسبب لا يد له فيه فليس لرب المال حيلة في التعرف على الظروف الحقيقية التي ضاعت فيها أمواله أو إثبات خلاف ما يقوله الصانع . ومن شأن ذلك اهتزاز الثقة في هؤلاء الصانع مع الحاجة إليهم ، الأمر الذي يوقع في الإغصات والخرج ، ويضر بالمصالح الاقتصادية العامة . ولما وجهنا هنا الموقف ذهب بعض كبار الصحابة إلى افتراض تعدى هؤلاء الصانع فيما يدعون . هلاكه أو ضياعه بغير فعلهم ، وخاصة إذا كانت الأموال المدفوعة إليهم مما يمكن تنفييه أو إخفاؤه . وذلك لمكان التهمة . وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من عمر وعلي بن أبي طالب <sup>(٢)</sup> .

١٢٣ - وقد انتقل مبدأ افتراض خطأ الصانع إلى دائرة أوسع ، هي دائرة الأجير المشترك . وأفتى كثير من الفقهاء بتضمينه ، إلا إذا ثبت أن هلاك المال المدعى ضمانه كان بسبب لا يمكنه التحرز عنه . ويدخل في الأجير المشترك كل من انتصب لعمل علم يتلقى عليه أجرا ، كالطبيب والهامي والناقل والصانع والمقاول والكواء والخياط والميكانيكي . والتفريق بين الأجير المشترك وبين الأجير الخاص في الضمان ، والحكم على الأول بوجوبه إلا إذا وسعه نفي خطئه وتعديه إنما هو لمكان المصلحة وحفظ حقوق المتعاملين معهم ، كما نص عليه ابن رشد والقرافي وقد اختلف النقل عن الشافعي ، فزوى عنه في المهلب أنه كان لا يرى تضمين الأجير المشترك ، ولكنه كان لا يفتي برأيه هذا ، لقساد الناس <sup>(٣)</sup> .

(١) بداية المجتهد : ١٧٤/٢ ط لاهور .

(٢) المهلب لأبي إسحاق الشافعي : ٤٠٨/١ .

وقد أخذ فقهاء المالكية بالتضمن للثمة في غير مجال الصناعات والأجزاء المشتركة على أساس النظر إلى المصلحة كذلك . من ذلك أنهم أوجبوا ضمان الرهن على المرتين إذا ادعى هلاكه وكان مما يمكن تقييده وإخفاؤه كالحلحلي والثياب ، وذلك لمكان الثمة . ويلتحق به ما يجري مجراه من كل ما يثير التهم ، ففى حاشية الدسوق : ( واعلم أن مثل الرهن فى التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه باب العوازي وضمان الصناعات والمبيع . بخيار ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن والصديق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشتري من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلمة المحبوسة للثمن أو للإشهاد<sup>(١)</sup> ) .

وافترض الخطأ أو التعدى فى مواطن التهم المذكورة عند المالكية افتراض يقبل إثبات العكس ، ولذا يستطيع المدعى نفى التهمة عن نفسه بإقامة البينة على أن التلف كان بسبب لا دخل له فيه ، كحريق غالب أو لص مغالب أو غير ذلك مما لا يمكن توقيه والاحتراز عنه . وإنما يندفع الضمان بإقامة البينة على أن التلف أو الهلاك لا يضاف إلى فعل المدعى عليه أو خطئه ( لأن الضمان هنا ضمان ثمة ، وهى تنتفى بإقامة البينة )<sup>(٢)</sup> ، طبقاً لما ذكره الدسوقي .

١٢٤ - وإنما قصد القائلون بضمان الصناعات والأجزاء المشتركة وغيرهم من يرجع اتهامهم بالتعدى والخطأ إلى إقامة العدل بين أطراف التعاقد ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال . ولذلك يطبق عند من الفقهاء على هذا النوع من الضمان مصطلح « الضمان للمصلحة » ، ويسميه المالكية أحياناً « الضمان للثمة » ويطلق عليه بعض فقهاء الأحناف مصطلح « التضمن للسياسة »<sup>(٣)</sup> . ولا يخفى أن المقصود من هذه التسميات هو الإشارة إلى أن تخفيف عبء الإثبات ونقله إلى المدعى عليه قد اقتضته المصالح الاجتماعية . ومن الواضح أن هذا الأسلوب الإجرائى فى تحقيق المصالح الاجتماعية لا ينال من الأسس الموضوعية القاضية باعتبار الأجر المشترك أو الصانع أميناً لا يضمن إلا بالتعدى ولهذا ينتفى عنه الضمان إذا أثبت عدم خطئه .

(١) حاشية الدسوقي ٢٥٤/٣ .

(٢) معين الحكم للطرابلسى ص ٢٠٠ .

(٣) السابق .

١٢٥ - ومن الواضح أن أسلوب نقل عبء الإثبات قد أقدر الفقه الإسلامي على الاستجابة للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي شهدتها تطور حياة المسلمين منذ عهودهم الأولى . وها هي ذى القوانين الحديثة تلجأ إلى هذا الأسلوب نفسه استجابة لظروف التطور في القرن الأخير . ذلك أن ظهور المؤسسات الصناعية الضخمة وتعارض مصالح أصحاب الأعمال مع مصالح عمالهم وضعف الآخرين في أية مواجهة مع هذه القوى الاقتصادية الضخمة قد أبرز أن تكليف المدعى بإثبات خطأ المدعى عليه أمر لا يؤدي إلا إلى ضياع حقوق المدعى . ولذلك اتجهت القوانين إلى الأخذ بنظرية الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس أحياناً أو الذى لا يقبل إثبات العكس في أحيان أخرى . وتقوم مسؤولية أصحاب الأعمال عن عمالهم ومسئولية حارس البناء والأشياء على مبدأ الخطأ المفترض ، وإن أمكن دفع هذا الخطأ أحياناً بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطأ المدعى عليه ، كما في مسؤولية الحارس للبناء والحيوان<sup>(١)</sup> .

ويدل ذلك بوضوح على حقيقتين لازمتين لفهم نظرية الضمان في الفقه الإسلامي :

أولاهما : سبق الفقه الإسلامى غيره من القوانين الحديثة في التعبير عن مفهوم افتراض الخطأ ونقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه ، لمكان التهمة وحفظ الأموال والحقوق .

والأخرى : أن من الممكن الاستفادة بهذا المفهوم في تحقيق المصالح التي جدت في ظروف الحياة الحديثة للحفاظ على حقوق المدعين الذين يعملون في مجال الصناعة والذين لا يمكنهم إثبات تعدى أصحاب الأعمال وتسببهم فيما لحقهم من ضرر . ويستند تطبيق الخطأ المفترض في المجالات الجديدة إلى عموم نفي الضرر وإلى مسؤولية المرء عما يتسبب فيه فعله من إضرار بغيره .

١٢٦ - واجب العناية : أوجب الشارع رعاية حقوق الأهل والأقارب والجيران والمسلمين وأهل الذمة بنصوص شرعية عديدة سلفت الإشارة إلى

(١) المسؤولية المدنية للمستشار حسين علم وزميله ص ٤٧٩ .

بعضها . ومن أجمع ما جاء في ذلك قوله عليه السلام : ( ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق ) وقوله عليه السلام في خطبة الوداع : « إن الله تعالى قد حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم إلا بحقها كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا » . وقد عبرت عن هذا المعنى نفسه القواعد الفقهية التالية :

- من ترك واجبا في الصون ضمن .
- على اليد ما أخذت حتى ترده .
- لا يطل دم في الإسلام .
- ليس لأحد أن يتصرف في مال غيره بدون إذن منه .
- الضرر يزال .
- الأوجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به .

وبهذا فإن الشارع قد حرم الإضرار بالغير ، وأوجب الضمان بالسلوك مسلكا مخالفا لما أوجبه من احترام حقوق الآخرين وعدم الإضرار بهم . ويعنى ذلك أن الشارع يوجب على الناس أن يتقيدوا في سلوكهم بما أوجبه من عدم الإضرار بغيرهم . وهو بهذا يحرم عليهم تعمد الإضرار بهذا الغير أو عدم اتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الإضرار . وقد اعتبر الفقهاء التقصير والإهمال من أسباب الضمان وموجباته . ولا معنى للإهمال إلا النقص والتقصير في بذل العناية عن المستوى الذى أرادته الشارع .

١٢٧ - ومعيار العناية الواجبة التى يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعى هو « السلوك المعتاد » والمألوف بين الناس في البيئة الاجتماعية . فإذا قصر المودع في حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم ضمن<sup>(١)</sup> . وفى مجمع الضمانات أن المستأجر إذا كبح الدابة بلجامها فقتلت لا يضمن عند أبى يوسف ومحمد ( إذا فعل فعلا متعارفا ) ، ويضمن اتفاقا بضرب الدابة ( ضربا غير معتاد ) . والخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه في الضرب المعتاد بغير إذن

(١) جمع الضمانات : ١٧ ، ١٨ ، ٢٢ .

صاحب الدابة ، فأبو حنيفة يوجب الضمان به بخلافًا للصاحبين<sup>(١)</sup> . ولو اسود البيت المستأجر بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن إذا لم يجاوز المعتاد<sup>(٢)</sup> . وكذلك لا يضمن الفصّاد والحجام واليزاغ والخثان إذا لم يجاوزوا المعتاد<sup>(٣)</sup> . وفي ( صبي ابن ثلاث سنين وحق الحضانة للأم ، فخرجت وتركته الصبي فوق في النار تضمن الأم . وفي امرأة تصرع أحياناً ، فتحتاج إلى حفظها فلا تقع في ماء أو نار ، وهي في منزل الزوج ، فعليه حفظها . ويضمن إذا ألفت نفسها أثناء الصرع في ماء أو نار . وكذا الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ<sup>(٤)</sup> . وفي المردع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان يحمل ولم يقفله ، فخرج فسرت وديعته ، قالوا : إن عد هذا إغفالاً وإهمالاً كان ضامناً وإلا فلا<sup>(٥)</sup> . ويتضح من هذا كله أن العبرة في قياس السلوك بالرجوع إلى المعتاد بين الناس بحيث يعد أي انحراف عنه أو خروج عليه تعدياً يوجب الضمان . أما السلوك الموافق للمعتاد المألوف بين الناس فلا يعد من التعدي ، ولا يجب ضمان ما ينشأ عنه ، لكونه مأذوناً فيه شرعاً .

١٢٨ - ويختلف حد العناية المعتادة باختلاف الظروف ، فمن حفر حفرة في صحراء لم يجب عليه ما يجب على الحافر في مدينة . وعلى من يوقد النار وقت اشتداد الريح أن يبلل غاية ما في وسعه لتجنب انتقال النار إلى أرض جاره ، ولو انتقلت النار ضمن ، بخلاف ما لو أوقدها وقت هدوء الريح فإنه لا يضمن إلا إذا جاوز المعتاد<sup>(٦)</sup> . ويجب في العناية بالحيوانات العادية ما يزيد عن الواجب في العناية بالحيوانات الأليفة ، حسباً يأتي توضيحه . وتختلف العناية الواجبة على الطبيب باختلاف المريض والجرح والتقدم العلمي حسباً تفيدته فتوى الجلولاني . وواقعة الفتوى أن صبية سقطت من سطح ( فانفضح رأسها ، فقال كثير

(١) جميع الضمانات : ١٣ .

(٢) السابق : ٢٤ .

(٣) السابق : ٤٧ .

(٤) معين الحكام للطرابلسي ص ٢٠٧ .

(٥) جميع الضمانات : ٧٥ وتبصرة الحكام ٣٥٢/٢ ، ٣٥٥ .

(٦) جميع الضمانات : ١٦٠ .

من الجراحين : إن شققم رأسها تموت . وقال واحد منهم : إن لم تشقوه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأبرئها . فشقه ثم مات بعد يوم أو يومين . وقد سئل الحلواني عن ذلك ، ( فتأمل مليا ثم قال : لا يضمن إن كان الشق بإذن ، وكان معتاد ، ولم يكن فاحشا خارج الرسم . فقيل له . إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها . فقال ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الإذن . قيل له : فلو كان قال هذا الجراح إن مات من هذا الجرح فأنا ضامن ، هل يضمن ؟ قال لا <sup>(١)</sup> .

ولا يلزم الطبيب إذا أذن له المريض أو من له حق الإذن إلا بالمعتاد واتباع أصول المهنة . ولا يضمن إلا بمخالفة ذلك . ومن الطبيعي أن يختلف الواجب عليه باختلاف خبرته ودرجة التطور في فنون الطب . ويتضمن معيار المعتاد المألوف هذا المعنى أما التزام الطبيب بالشفاء والبرء فهو التزام بما ليس في الطاقة ، ولا يكون سببا لإيجاب الضمان ، طبقا لما أفق به الفقيه الحنفى الحلواني .

١٢٩ - ومؤيدات الرجوع إلى العرف في تقدير ما يعد من الإهمال أو التقصير وما لا يعد كثرة ، من بينها القواعد الفقهية التالية :

- « الأحكام الشرعية غير فنية على الحقائق العقلية ، بل على الاعتقادات العرفية » <sup>(٢)</sup> .

- « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان » .

- « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ، « والعادة محكمة » ، « واستعمال الناس حجة يجب العمل بها » .

ومن جهة المعقول فلإنما كانت عوائد الناس وأعرافهم محكمة في ذلك ، لأنها هي التي تضبط السلوك الواجب في الظروف المختلفة وتمثل خبرة الأجيال المتعاقبة في التوفيق بين المصالح المتنوعة لأفراد المجتمع . وإنما يحرص الناس على اتباع ما ألفوه فيما لا يعارض نصا شرعيا ، لأنهم قد ثبت لهم من طول تجربة وتتابع استقراء أنه لا ينشئ ضررا ولا مفلسة ، فإنهم بمجموعهم يتفرون

(١) . مجمع الضمانات ، ٤٨ . حاشية الطحطاوى ٢٧٦/٤ .

(٢) . الرغزالي ، تحرير الفروع على الأصول ص ٢٢٦ .

من الضرر ويسعون إلى تحصيل ما يصلحهم بحكم الفطرة المودعة فيهم . ويرق مثل هذا التعود إلى أن يكون نوعا من الاتفاق الضمني بين أفراد المجتمع على عدم مجاوزته .

١٣ - ويتفق المعيار الفقهي ( السلوك المعتاد ) مع نظيره الذي تبنه القانون الإنجليزي بعنوان : *Reass nble man* <sup>(١)</sup> أو سلوك الرجل العاقل ، كما يتفق مع ما أخذ به القانون الفرنسي ، وترجم إلى اللغة العربية بعنوان الرجل المعتاد والرجل الحريص <sup>(٢)</sup> . أما مبدأ واجب العناية فلم يصل القانون الإنجليزي إلى تحديده في قاعدة عامة إلا في العقدتين الأخيرتين على الرغم من أهميته البالغة في بناء النظام العام للضمان . وقد تكفل اللورد أتكين Lord Atkin بصياغة هذا المبدأ على أساس القاعدة الخلقية المستمدة من ديانات المسيحية : ( أحجب جارك ) . وعبارته في ذلك : ( إذا كان لا بد من إيجاد مفهوم عام يحكم العلاقات على أساس من واجب التحوط والعناية لضبط وقائع الإهمال وصوره المتنوعة في إطار واحد يجمعها فإن من اللازم أن نستند إلى الواجب الخلقى الذي يقضى بأن عليك أن تحب جارك ، بحيث يعني في صياغته القانونية : أن عليك ألا تؤذي وأن تهمل العناية المعتادة أو المعقولة *Reasonable care* في أفعالك وتروك على السواء كيلا توقع الضرر بهذا الجار . أما مفهوم الجار فينبغي أن يشمل الأشخاص الذين يتأثرون بأفعالك ، ممن يلزم أن تضمهم في اعتبارك عند تحريك قصدك إلى هذه الأفعال ) <sup>(٣)</sup> .

ومن الواضح أن هذا المبدأ الذي استعاره « أتكين » من الأخلاق المسيحية على نحو لا يخلو من التكلف يقابله في الفقه الإسلامي قاعدة نفى الضرر المستمدة من قوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » . ومع ذلك فإن القاعدة الفقهية أوضح في الصياغة وأدنى إلى الصنعة القانونية من هذا المبدأ المستعار ، حتى بعد إعادة تفسيره على النحو الذي كفل له صفة الإلزام والشمول .

(١) Tort law, Dias and Marquesinis P.40, 56

(٢) الوسيط للتبوي ٧٩٩/١ .

(٣) Tort law, by Dias and Marquesinis, P.41

ومن المثير للدهشة والتأمل أن يشير أحد الكاتبين المحدثين إلى سداجة نظام الضمان الفقهي إذا ما قورن بنظيره في القانون الانجليزي ، بناء على ما ادعاه من أن النظام الفقهي لم يعرف هذا المبدأ العالم القاضي بوجوب الرعاية على النحو الذي نحمده في القانون الانجليزي . وتكفي الإشارة إلى قاعدة ( من ترك واجبا في الصون ضمن ) لنفي هذا الادعاء ودحضه .

١٣١ - إجمال : والخلاصة أن هذه المبادئ الخمسة ( عموم المسؤولية - عموم الضرر المضمون - التكافل في تحمل الضرر في الظروف التي تقتضيه - تخفيف عبء الإثبات لمكان التهمة - وجوب العناية بحق كل فرد في ماله وبدنه وسمعته ) قد حملت التطبيقات الفقهية في ضمان المدون إلى مناطق لم يرتدها تفكير قانوني آخر قبل الفقه الإسلامي . ويستطيع الفقه الإسلامي بهذه المبادئ أن يضبط سلوك الناس وأنشطتهم في الظروف الاجتماعية المعاصرة . وإذا كان هذا الفقه قد لحقه من الظلم ما لم يلحق بأي تفكير قانوني آخر ، وذلك بإهمال مبادئه وتشويهها وعدم فهمها وإبعادها عن التطبيق العملي منذ بداية الاجتلال الأجنبي للبلاد الإسلامية ، فإن من العار على الأمة الإسلامية أن يستمر هذا الظلم .

## الفصل الثاني : أركان ضمان العلوان

١٣٢ - تقديم : الأركان جمع ركن ، وهو جزء الشيء الداخل في حقيقته . وما هيته ، بحيث لا يتم تصوره بدونه . وذلك كالقيام أو الركوع أو السجود في الصلاة ، فكل واحد من هذه الأفعال ركن فيها ، بحيث يعد جزءاً من حقيقتها ، ولا يتحقق وجودها الشرعى بدونه . أما الشرط فيتوقف وجود المشروط على وجوده ، كالركن في هذا ، ولكنه أمر خارج عن حقيقته . وذلك كالوضوء ، فإنه شرط لصحة الصلاة ، إذ لا وجود لها بدونه ، وإن لم يدخل في حقيقتها ، ولا يعد جزءاً منها . وحضور الشاهدين شرط في صحة النكاح ، ولكنه أمر خارج عن حقيقة العقد ، بخلاف الإيجاب والقبول ، فإنهما ركنا العقد الذى لا يتم تصوره بدونه<sup>(١)</sup> .

والمقصود بأركان الضمان الناشئ عن العلوان أجزاؤه التى لا وجود لهذا النوع من الضمان بدونها ، وهى الخطأ أو التعدى والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر . وإنما اعتبرت هذه المعانى أركاناً لضمان العلوان لدخولها في حقيقته ولتوقف وجوده على وجودها ، فإن ضمان العلوان يعنى المسؤولية الناشئة عن التعدى ، ولا يتحقق تصور هذه المسؤولية إلا إذا وجد التعدى المنشئ للضرر .

وقد تعرض الفقهاء لهذه الأركان على نحو يفترق إلى الترتيب ويتسم بتشتت المعالجة وتوزعها في أماكن متفرقة من كتب الفروع والقواعد الفقهية والأصول ، على الرغم من وضوح هذه الأركان في أذهانهم عند تعرضهم لأحكام الجزئيات والفروع الفقهية . ويرجع السبب في ذلك إلى طريقتهم الخاصة في التأليف ، تلك التى تختلف عن الطريقة المألوفة لنا في العصر الحديث . وفيما نلج بحث هذه الأركان وما يتعلق بها من أحكام ، بالنظر في الخطأ ثم الضرر ثم السببية .

## المبحث الأول : الخطأ

١٣٣ - تقسيم : تعدد الأفعال الموجبة للضمان تنوعا يستعمل على الحصر ، وإن اشتركت هذه الأفعال في كونها أفعالا غير مشروعة أو أخطاء أو تعديلات Delict, Torts, Wrongs . غير أن الصناعة القانونية تقتضى تقسيم هذه التعديلات إلى أنواع لتيسر ضبطها وتحديد مسؤولية فاعلها من الناحية العملية . وتتوزع التقسيمات الواردة في هذا الصدد بتنوع الأهداف منها والأسس التي تقوم عليها . وتنقسم هذه الأفعال بالنظر لنية الفاعل وقصده إلى أخطاء عمدية Intentional torts وإلى أخطاء تقصيرية ترجع إلى الإهمال Negligence .

ويجرى تقسيم الأخطاء غير العمدية في الفقه الإسلامي إلى نوعين : أولهما الخطأ والثاني ما جرى مجراه . ويفرقهما أن الفعل في الخطأ مقصود لفاعله وإن لم يقصد النتيجة التي تولدت عن هذا الفعل ، على حين أن كلا من الفعل ونتيجته غير مقصودين للفاعل فيما جرى مجرى الخطأ . ومن الواضح أن الخطأ العمدى بالغ الخطورة ، ولذا تطلق عليه القوانين الغريبة المستمدة من القانون الفرنسي مصطلح : الخطأ الذي لا يغتفر . ويعرفه الشراح بأنه الفعل الذي يتجه إليه قصد فاعله مع تقديره لما يترتب عليه من نتائج ، شريطة ألا يحفز إلى هذا الفعل حافز من ضرورة أو منفعة أو توجيه السلطات المختصة<sup>(١)</sup> . ويليه في الخطورة والجسامة كل من الخطأ وما يجرى مجراه على التوالي .

١٣٤ - ويجرى المؤلفون في قانون الضمان الإنجليزي على تقسيم التعديلات بالنظر إلى نية الفاعل وموضوع التعدي على النحو التالي :

(١) المسؤولية المدنية لحسن علم وزميلة ص ١٤٨ .

(أ) التعدي على الأشخاص Torts to persons : ويشمل ذلك التعدي على جسم الإنسان وسمعته وعلاقاته الأسرية . وقد يتخذ هذا التعدي إحدى الصور التالية:

- التهديد Assault ..
- إذهاب منفعة عضو من الأعضاء اللازمة للدفاع المرء عن نفسه ، وهي الأطراف أو إنقاص منفعتها ، وهذا هو Mayhem .
- حبس الشخص وتقييد حركته بغير حق False imprisonment .
- الإيذاء المنطوي على اللجوء إلى العنف Battery .
- التعدي على الشرف والسمعة بكتابة ما يروج وينشر بين الناس ويبقى فترة Libel أو بمجرد التلفظ بما ينال من المكانة Slander .
- (ب) التعدي على العقارات torts to land . ويتخذ هذا النوع من التعدي إحدى الصور الآتية :

- الدخول إلى أرض الغير دون حق Illegal entry .
- البقاء فيها Remaining on the land أو شغلها بوضع أشياء بغير حق .
- تجاوز المأذون له بالدخول حدود الإذن ، مما يؤدي إلى اعتباره متعديا منذ بداية دخوله Trespass ab initio .
- التعدي على حقوق الارتفاق التي تيسر الانتفاع بالعقار Natural rights and easments .
- الاستيلاء على العقار وشغله وطرده صاحبه منه .
- (ج) التعدي على المنقولات Torts to goods . وذلك بارتكاب أحد الأفعال التالية:

- الإلتاف لمال الغير بفعل مباشر Trespass to goods .
- مجاوزة إذن المالك في حيازة المنقولات التي استندت حيازتها إلى إذن Trespass ab initio .
- حبس منقولات الغير والحيلولة بينه وبين حيازتها detention مما يعد تدخلا في الحيازة لا في الملك .

- غصب المقتولات والتصرف فيها تصرف الملاك Conversion .  
(د) الإهمال negligence ، وهو السلوك مسلوكا مخالفا لما يوجبه الحرص والتبصر .

(هـ) الدعوى الكيدية Malicious abuse of legal Process ، وهى من صور السعاية فى الفقه الإسلامى . وتثبت كيدية الدعوى بصنور الحكم لصالح المدعى عليه فى نزاع قضائى ليس له ما يبرره . ويضمن المدعى الذى بدأ مثل هذه الدعوى دون مبرر باعتباره متعلدا .

(و) الإخبار الكاذب الضار Injurious Flasehood . ويشمل ما على :

- الغش والتدليس والغرور Fraud and deciet .
- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالملكية أو الحيازة Slander of title .
- الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade libel ، وكذا فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy rights أو العلامة التجارية Trade mark .

١٣٥ - ويجرى هذا التقسيم للأفعال إغیر المشروعة بالنظر إلى طبيعتها ونية فاعليها ومحل التعدى فيها مع لحظ نوع الضرر وعلاقته بهذه الأفعال من حيث المباشرة أو السبب . ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يتفق مع مراحل التطور التى عرفها القانون الإنجليزى ، فقد اعترف القانون منذ القرن الثالث عشر الميلادى بالمسئولية فى التعدى المصحوب بالعنف إذا نشأ عنه ضرر مباشر للغير فى ماله أو بدنه ، على حين تأخر اعتراف هذا القانون بالإهمال سببا لقيام المسئولية إلى ما بعد ذلك بقرون عديدة ، فناسب هذا التأخر أفراده عند تناول توضيح ظروف نشأته التاريخية والمبادئ الخاصة التى تحكمه . ولعل هذا هو السبب فى اقتدار هذا التقسيم إلى الدقة المنطقية والإحكام النظرى ، وبخاصة إذا ما قورن بالتقسيم الفقہى .

١٣٦ - أما التقسيم الذى اتبعه الفقهاء المسلمون لموجبات الضمان وأفعاله فقد أوضحه القرافي بقوله: (اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها «أحدها» العدوان بالباشرة كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتمولات؛ فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان، إما المثل إن كان مثليا أو القيمة إن كان مقوما أو غير ذلك من الجواهر. «ثانيها» التسبب للإتلاف، كحفر البئر في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، أو في أرضه، لكن حفرها لهذا الغرض، وكوقد النار قريبا من الزرع أو الأتار (الجرين) فتعلو فتحرق ما جاورها<sup>(١)</sup>. وكرمى ما يزلق الناس في الطرقات فيعطب بذلك حيوان أو غيره. وكالكلمة الباطلة<sup>(٢)</sup> عند ظالم إغراء على مال إنسان، فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم، وكتقطيع الوثيقة المتضمنة للحق والشهادة به فيضيع الحق بسبب تقطيعها فيضمن عند مالك ذلك الحق لتسببه فيه. وعند الشافعي يضمن ثمن الورقة خاصة فاعتبر الإتلاف دون السبب، ومالك اعتبرهما معا، ورأى أنه أتلف الورقة بالباشرة للإتلاف وأتلف الحق بالتسبب، فرتب على الوجهين مقتضاهما. وكمن مر على حباله فوجد فيها صيدا يمكنه تحليله وحوزة لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك، لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجبا في الصون ضمن. وكذلك إذا مر بقطعة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يمجدها وجب عليه أخذها. وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها.

(والتسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه، ومنها يختلف فيه. لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان. «ثالثها» وضع اليد التي ليست بمؤتمنة. وقولي ليست بمؤتمنة خير من قولي اليد العادية، فإن اليد العادية تختص بالسراق والغصب ونحوهم. وتبقى من الأيدي المرجية للضمان قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك كقبض المبيع.. يبعأ فاسدا، وكقبض العواري والرهون التي يغلب عليها كالحلى والسلاح وأنواع العروض..

(١) لاحظ أن المبدأ عند الجمهور هو أن تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره.

(٢) قلاد ذلك بمفهوم injurious falsehood أى التافون الانجليزى.

فهذه الأسباب الثلاثة هي أسباب الضمان<sup>(١)</sup>، وهي المباشرة والنسب والإتلاف. ويتميز هذا القسم باستيعاب الأفعال الموجبة للضمان وبوضوحه من الناحية المنطقية، وهو لهذا أولى بالقبول.

١٣٧- ويجب مع ذلك النظر إلى طبيعة الأفعال الموجبة للضمان لاستخلاص سماتها المميزة لها، ومعانيها الدالة عليها. ويتبين من النظر إلى هذه الأفعال أنها أفعال غير مشروعة تخالف مأذون الشرع، إما بترك واجب أو ارتكاب فعل محرم أو بالتقصير في النظر للمأمور به شرعاً في فعل المباحات. ومن الواضح أن الأفعال بهذا المعنى تشمل التروك كذلك. ولا يشترط في هذه الأفعال القصد إلى نتائجها، إذ المفترض أن يتوقع الشخص العاقل نتيجة أفعاله. والقاعدة الفقهية أن الرضا بالشئ رضا بما يتولد عنه<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فإن التعمد وقصد الإضرار من الأسباب التي قد توجب المسؤولية. وهل يشترط توقع الضرر لقيام المسؤولية؟ وما معنى رفع الخطأ والنسيان في الشريعة مع وجوب الضمان بهما؟ وإذا كان تعريف الخطأ أو التعدي بأنه السلوك على خلاف مأذون الشارع لا يفصح عن مضمونه فإن تحريم الإجابة عن هذه الأسئلة من شأنه أن ييسر صياغة معيار عام لضبط ما يوجب الضمان وما لا يوجبه.

١٣٧ - التعمد والقصد Intention : لا يشترط تعمد الفعل والضرر أو تعمد الفعل وحده دون الضرر. لا يجاب الضمان، إذ الحكم بالضمان من قبيل خطاب الوضع الذي يترتب على سببه، وهو ارتكاب فعل لم يأذن به الشارع، لكونه على خلاف الواجب، أو لجرمته، لما صحبه من إهمال وتقصير في النظر للمأمور به شرعاً. وبهذا فإن سبب الحكم بالضمان هو وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك) اعتبرها الشارع من قبيل الخطأ أو العدوان الموجب للضمان، دون نظر إلى قصد الفاعل أو نيته أو الباعث Motive الدافع له على ارتكاب هذا الفعل. وبهذا فإن معيار التعدي لا يتعلق بالقصد والنية أو الباعث، وإنما يتعلق

(١) الفرق للترغاب ٢٠٦/٢ وانظر المعنى نفسه في ٢٧/٤ - ٢٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٤١ والمشرع في التواعد للزركشي: ١٧٦/٢.

بالفعل ذاته ، وما فيه من مخالفة لما ألزم به الشارع ، وهو بهذا الاعتبار معيار موضوعي لا ذاتي . ويتضح هذا بالأمثلة التالية :

- رمى سهماً إلى هدف في ملكه أو في خير ملكه فأصاب إنساناً كان واقفاً ضمن الرامي سواء قصد الإصابة أو لم يقصد<sup>(١)</sup> . ولو أصابه بمقلوف نأري فكذلك .

- ولو انقلب النائم على آخر إلى جواره أو وقع عليه ضمن على الرغم من انتشاء قصده لإهماله وعدم تحرزه<sup>(٢)</sup> .

- لو أوقد ناراً في أرضه أو داره فسرت إلى أرض الجار أو داره ضمن<sup>(٣)</sup> .

- لو ضرب حداد على ( حديد محمى ) فانتشعت شرارة من طرفيه ، فوقعت على ثوب رجل يمر في الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد . وذكر الناطقي : حداد يجلس في دكان يتخذ في حانوته كيراً يعمل به ، والحنوت إلى بجانب طريق العامة ، فأوقد الحداد كبره ناراً على حديد له ، ثم أخرج حديدية .. وطرقتها بمطرقة ، فتطاير ما يتطاير من الحديدية المحمّاة ، وخرج ذلك من حانوته وقتل رجلاً ، أو قُتِلَ حين رجل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضامناً ما تلف بذلك من المال والذئبة في مال الحداد ، ودية القتل والعين تكون على عاقبته ، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده<sup>(٤)</sup> .

١٣٩ - ويختلف الخطأ الموجب للضمان عن الخطأ الموجب للمسؤولية الجنائية وعن الخطأ الخلقي الذي يترتب عليه الإثم ، فالنائم لم يخطئ من الناحية الخلقية ولا بإثم بانقلابه أو وقوعه برغم أن الضمان واجب عليه . وكذلك الحداد الذي تطايرت الشرارة بدقه . أما من يرخص في سبله قصداً إلى إحداث الضرر بتاجر آخر يبيعهما فإنه آثم بهذا القصد ويعد متعدياً بهذه النية ، مع أنه لا يجب عليه الضمان عند الجمهور .

(٣) السابق : ١٦١ .

(٤) السابق .

(١) جمع الضمانات : ١٦٥ .

(٢) السابق .

ويتعلق بعلم اشتراط القصد والنية لوجوب الضمان الإجماع على وجوب الضمان بتعمد الصبي والمجنون والناسي والنام والغافل ، بناء على كون الحكم بالضمان ( من قبيل ربط الأحكام بالأسباب . وذلك مما لا يتكر<sup>(١)</sup> ) بتعبير الإمام الغزالي . والأهلية التي تشترط للحكم بالضمان هي أهلية الوجوب . ولذا يجب الضمان في ذمة الصبي والمجنون ومن في حكمهما ممن قتلوا أهلية الاداء ، على اعتبار أنهم ملزمون بما ( يتعلق بحقوق العباد من الغرامات والتعويضات لأن المقصود هو المال ، وأداؤه مما يحتمل النية<sup>(٢)</sup> ) . غير أنه لا يجب عليهم ما يتعلق بحقوق الله تعالى من العقوبات كالتقصاص ولا الأجزية كحرمان الميراث بالقتل<sup>(٣)</sup> ، لأن أفعالهم ليست جنابات ، للنقص في القصد والنية أو الجانب المعنوي للجريمة .

١٤٠ - وعلى الرغم من وضوح اعتبار الخطأ والامهال والتقصير في وجوب الضمان فقد أخطأ القامون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهرياً في فهم الأصول العامة للضمان ، حين نصوا على اشتراط التعمد في التسبب لإيجاب الضمان . فقد جاء في المادة (٩٢) من هذه المجلة أن ( المباشر ضامن وإن لم يتعمد ) ، وفي المادة (٩٣) أن ( المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ) . ويفيد الحصر بالنفي وإلا في المادة الأخيرة : أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد ، وهو خلاف ما يدل عليه واجب العناية بحقوق الغير في الشريعة ، كما أنه يناقض الحكم بالضمان في كثير من الفروع الفقهية التي ذكرها علماء المذهب الحنفي أنفسهم ، كما في ضمان الحداد والموقد للنار في ملكه مما سبق ذكره قبل قليل . وهناك احتمالان في تفسير سبب الوقوع في هذا الخطأ :

أولهما : متابعة خطأ كنان وقع في بعض الكتب السابقة ، كأشبه ابن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ : ( المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب

(١) المتصلي : ٨٤/١ .

(٢) التوضيح : ٧٥٤/٢ .

(٣) السابق .

لا ، إلا إذا كان متعمداً<sup>(١)</sup> . ومع ذلك فقد تعاقب شراح المجلة على ترديد الخطأ نفسه ، دون تقدير منهم لآثاره على مفهوم الضمان وتناقضه مع ما أورده هم من فروع<sup>(٢)</sup> .

والثاني : متابعة خطأ وقع فيه بعض المتقدمين في تفسير مذهب الإمام أبي حنيفة في تضمين المتسبب ، خاصة وأن إمام المذهب لا يرى تضمين المتسبب إلا في تلك الأحوال التي يبلغ الخطأ فيها من الجسامة مبلغاً يقر به من العدد . وسواء وقع هذا الخطأ مجازاة لخطأ كُتِبَ أو علمي فإن هذه القاعدة تحجب قراءتها على أن المتسبب لا يضمن ( إلا إذا كان متعمداً )<sup>(٣)</sup> طبقاً لما ورد في مجمع الضمانات .

١٤١ - وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الإنجليزي كان ينظر إلى النية باعتبارها أحد أركان التعدي في بعض أنواع الضمان ، وخاصة ضمان الغرور والفسخ Fraud, deceit والكيدية Malicious prosecution والتشهير Defamation . وكان على المتضرر لذلك أن يثبت سوء نية المدعى عليه في هذه التعديلات . لكن تضاعف دور النية في المسؤولية التقصيرية في هذا القانون بعد أن اعترف بالإهمال سبباً مستقلاً لقيام هذه المسؤولية .

١٤١ - الإدراك والتمييز : لا يشترط الفقهاء تمييز المتسبب في الضرر أو إدراكه لوجوب الضمان ، فالصبي مميزاً أو غير مميز يجب الضمان بفعله ، وكلما المعتوه والمجنون ، ( لأن المقصود هو المال ، وأداؤه يحتمل النية )<sup>(٤)</sup> بأن يقوم عنه الولي بذلك . والنظر في الفقه الإسلامي إلى التعدي باعتباره واقعة مادية أنتجت الضرر فيتحملة المتعدي جبراً لهذا الضرر ورفعاً له . ولا يشترط لأهلية

(١) الأشيلة والظفار من ٢٨٤ .

(٢) راجع على سبيل المثال : شرح المجلة لسليم رسم بق ٦٠ ولعل جهر ص ٨٢ .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٤٦ ، ١٦٥ .

(٤) A History of English law, Holdsworth vol. VIII p.422

(٥) التوضيح ٧٥٤/٢ والإحكام للأمدى ١٣٩/١ .

الضمان إلا أهلية الوجوب وإن بدا من بعض الأمثلة الفقهية اشتراط أهلية التملك لوجوب الضمان في الذمة ، ولذا يجب على الصبي ومن في حكمه لأهلية التملك ، بخلاف الرقيق الذي ليست له أهلية التملك ، فإن مسؤوليته المالية في رقبته (١) .

وتبعا لهذا يذهب جمهور الفقهاء إلى ضمان الصغير والمجنون والمعته ما يفسدونه من أموال غيرهم ، وإن لم يكن لهم مال ففطرة إلى منبذ (٢) ، ولا يتحمل أولياؤهم عنهم شيئا مما وجب في ذمتهم . أما جنائياتهم فالعمد والخطأ فيها سواء ، ولا يجب عليهم القصاص ، وإنما تجب الدية على عواقلهم مثلما هو الحال في جنائيات البالغ العاقل .

١٤٣ - وقد نص الفقهاء على ذلك : ففي المذهب الحنفي ( لو أن طفلا ابن يوم انقلب على قارورة فكسرها لزمه الضمان ) (٣) . وفي جملة الأحكام العدلية أن الضمان على الصبي إذا أتلّف مال الغير وإن لم يكن مميزا (٤) . وهو مذهب المالكية ، فنعدهم أن ضمان المتأنفات لا يختلف باختلاف أحوال الناس (٥) . وعن مالك أن جنابة المجنون أو الصبي خطأ تحمله العاقلة إذا بلغ الثلث ، فإن كان أقل من الثلث ففي أموالهما ، وإن لم يكن لهم مال كان ذلك دينا عليهما (٦) . وفي رواية في المذهب الحنبلّي أنه ( إذا وجب على الصبي شيء ، ولم يكن له مال حمله عنه أبوه .. وروى ذلك عن ابن عباس .. وفي الرواية الأخرى وهو قول الأكثرين أنه في ذمته وليس على أبيه شيء ) (٧) .

ومن هنا فإنه لا خلاف بين الفقهاء على ضمان الصغير والمجنون ما يتسبب فيه فعلهما من إضرار بالغير ، وأنه يتحمل هذا الواجب في ذمته ، لأهليته للضمان ، ويؤديه عنه وليه ، باعتباره نائبا عنه في أداء الواجبات التي يشترط

(١) جمع الضمانات ١٩٤ وما بعدها .

(٢) السابق : ١٧٠ .

(٣) السابق : ١٤٦ والأشبه لابن القيم ٧٨/٧ والوضوح ٧٣٣/٢ ، ٧٥٤ ، ٧٦٢ .

(٤) مجلة ٩٦ من الجلة .

(٥) التزويق للقرافي ١١/٤ .

(٦) حاشية البسوق ٤٤٣/٣ .

(٧) مجموع فتاوى ابن تيمية : ١٥٩/٢٤ .

العقل والتمييز لأدائها . والخلاف فيما إذا كان الأصغر أو المجنون معسرا ، فمذهب الجمهور الإنظار بالأداء إلى حين ميسرة ، كما هو الحال في الوفاء بالحقوق الأخرى . وفي رواية في المذهب الحننلي أن الولي هو الذي يتحمل الواجب على الصبي أو المجنون إن كانا معسرين . وليس إلقاء الضمان على الولي في هذه الحالة لمكان التعدي ، بل هو للمصلحة وحفظ الأموال وتعويض المتضرر ، مما هو من جنس تضمين الصناع والأجراء المشتركين . وفي ذلك يفيد الضمان الواقع على الولي مفهوم أداء الواجب ، وهو التعويض ، لا معنى المسؤولية ، التي ترتبط بمناطها وهو التعدي<sup>(١)</sup> .

١٤٤ - ولعل هذا هو أساس ما أخذ به مشروع القانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ، فقد جاء في المادة ١٦٩ أن ( كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، ولو كان غير مميز ) . وجاء في المادة ١٧٠ أنه ( إذا كان من صدر منه الفعل الضار غير مميز وتعلل الحصول على التعويض من ماله جاز للقاضي أن يلزم من هو مسؤل عنه بمبلغ التعويض ) . ذلك أن النص العام ( مادة ١٦٩ ) ينيط المسؤولية بالتعدي ، سواء كان التعدي مميزاً أو غير مميز . أما المادة الأخيرة فتوجب الضمان بمعنى أداء الواجب والوفاء به على ولي القاصر إذا لم يكن له مال أو تعلل الحصول على ما يوجبه الضمان منه .

ويشبه استقرار الضمان بمعنى المسؤولية على المخطيء أو المتعدي وإيجاب الضمان ، بمعنى وجوب الوفاء بالتعويض ، على الولي إلقاء المسؤولية على المخطيء في الجنائيات على النفس وما دونها وإيجاب الدية والأروش على العاقلة . ولعل غياب هذا المعنى هو الذي صرف علماء المذهب الحننلي عن متابعة رواية إيجاب الضمان على الولي التي استند إليها المشروع المذكور وقد تابع القانون المدني الأردني الصادر ١٩٧٦ أحكام الشريعة الإسلامية في عدم اشتراط التمييز لإيجاب الضمان<sup>(٢)</sup> .

(١) راجع مفهوم الضمان فيما سبق ، وإطلاعه بمعنى المسؤولية والتحمل أو إطلاعه بمعنى أداء الواجب وهو التعويض والوفاء به .  
(٢) تنص المادة ٢٥٦ من هذا القانون على أن ( كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الغير ) .

١٤٥ - ويشير سالد Saldmod إلى مسؤولية القاصر في القانون الانجليزي عن الأضرار التي يتسبب فيها لغروه في الأنفس والأموال ، كالبالغ سواء بسواء<sup>(١)</sup> . ويتجه أصحاب النزعة الموضوعية أو المادية في التفكير القانوني اللاتيني إلى التفريق بين المسئولين المدنية والجنائية ، بحيث يشترط الإدراك والتمييز لقيام المسؤولية الجنائية وحدها دون المسؤولية المدنية التي لا يشترط هذا الشرط لقيامها . ويفسر أصحاب هذا الاتجاه التعدي بأنه مجرد الانحراف عن السلوك المعتاد ، دون نظر إلى الظروف الداخلية الخاصة بالمعتدى<sup>(٢)</sup> .

١٤٦ - وتتجه القوانين المطبقة في العالم العربي وجهة مغايرة تقوم في أساسها على الخلط بين المسئولين المدنية والجنائية . ذلك أن العصى والمجنون والمعتوه كان ينظر إليهم باعتبارهم مسئولين عن أفعالهم مدنيا وجنايا . ثم ارتقى التفكير القانوني فأصبح يشترط للمسؤولية قيام ركن الإدراك والتمييز . واعتبر إعفاء عدم التمييز من المسؤولية الجنائية والمدنية ( معا خطوة خطاها القانون إلى الإمام )<sup>(٣)</sup> . ويمثل القانون المدني المصري هذا الاتجاه عندما نص في مادته ١٦٤ على أنه لا ينشأ الخطأ إلا بقيام ركنين ، أولهما : التعدي بارتكاب فعل غير مشروع . والثاني : الإدراك والتمييز . ونص هذه المادة :

١ - يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة التي صدرت منه وهو مميز

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعى في ذلك مركز الخصوم .

ويكشف أدنى قدر من التأمل ما بين فقرتين المادة المذكورة من تعارض يبلغ مبلغ التناقض ، إذ تشترط الفقرة الأولى التمييز لقيام المسؤولية ، على حين تقضى الفقرة الثانية بمسؤولية غير المميز إن لم يكن له ولي أو وصي ، أو وجد

(١) The Law of Torts, Sir John salmond, 5th edition p.71

(٢) الوسيط للسهرى : ٧٨٥/١ .

(٣) الوسيط للسهرى : ٧٩٦/١ .

أحدهما وتعلم الحصول على التعويض منه . وبحلول الدكتور عبد الرزاق السنهوري حل هذا التناقض بإقامة مسئولية غير المميز في هذه الأحوال على أساس مبدأ تحمل التبعة لا على أساس الخطأ . ومع ذلك فإن الحل الذى أخذه المشروع المشار إليه من أحكام الفقه الإسلامى أوفى بالمقصود وأقرب إلى المنطق والحاصل أن الإدراك والتمييز ليسا بشرط لإيجاب الضمان ، فالمميز وغير المميز في ذلك سواء . لكن غير المميز المعسر يطالب عنه وليه بما وجب في ذمته ، مراعاة لحق المتضرر .

١٤٧ - توقع الضرر : لا يشترط كذلك توقع الضرر Forseeability لإيجاب الضمان في الفقه الإسلامى ، لما تقدم من أن الضمان حكم وضعى يترتب على سببه وهو التعدى . وهذا واضح في التعدى بالباشرة من جهة أن على الفاعل أن يتوقع النتائج المحتملة لفعله . ويفترض في الفقه لذلك أن الرضا بالفعل رضا بما يتولد عنه هذا الفعل . أما في التعدى بالتسبب فإنه لا يشترط توقع الضرر للحكم بالضمان . غير أن توقع الضرر من فعل ما والإقدام على الفعل الذى يسببه من شأنه إيجاب الضمان في أحوال خاصة . وفيما يلى بعض الأمثلة الدالة على ذلك :

- في مجمع الضمانات : ( رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه فأوقد النار في حصائده فذهبت النار إلى أرض جاره فأحرق زرعه لا يضمن ، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره ، لأنه إذا علم كان قاصدا إحراق زرع غيره . قالوا : إن كان زرع غيره بعيد عن حصائده التى أحرقها ، وكان يأمن أن يحترق زرع جاره ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة أو شرارتان ، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره فأحرق زرع الجار وكنته لا يضمن . فإذا كان أرض جاره قريبا من أرضه بأن كان الزرعان ملتصقين أو قريبين من الالتصاق على وجه أن ناره تغل إلى زرع جاره يضمن صاحب النار زرع الجار . وكذلك رجل له قطن في أرضه وأرض جاره لاصقة بأرضه فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن فأحرق ذلك القطن كان ضمان القطن

على الذى أوقد النار ، لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كأصدا إحراق القطن<sup>(١)</sup> .

وفى هذه الأحوال إنما يضمن الموقد للنار ما أحرقت من زرع جاره ومتاعه إذا توقع انتقال النار وإتلافها لمال الغير ، لأنه يتوقعه هذا وإشعاله النار فى أرضه يعد قاصدا إحراق مال الغير ومتاعه فيجب عليه ضمان ما قصده . وكذلك يجب الضمان إذا لم يتوقع ما كان يجب عليه أن يتوقعه . وهذا هو المقصود بيانه من اقتراض (التصاق أرض الجار بأرض الموقد للنار) على وجه أن ناره تصل إلى زرع غيره ، لأنه كان على الموقد للنار فى هذه الحال أن يتوقع انتقال النار ، فإذا لم يتوقع المرء ما يجب على الإنسان العادى أن يتوقعه وجب عليه الضمان لإهماله .

- وفى جامع الفصولين أن من وضع شيئا فى الطريق فنفرت منه دابة لا يضمن لو لم يصيبها ذلك الشيء<sup>(٢)</sup> . والوجه أنه لا يضمن لأن نفور الدواب من وضع شيء على جانب من الطريق أمر غير متوقع ونادر فلا يجب الضمان لذلك .

- لو صاح بطفل كان يسير على مرتفع فنسقط وأصيب من سقطته ضمن الصالح ، بخلاف ما لو أصيب بذلك رجل ، حيث لا يضمن الصالح ، لأنه كان عليه أن يتوقع وقوع الطفل دون الرجل . ولو صاح بدابة ففزعته وألقت بنفسها فى الماء وغرقت<sup>(٣)</sup> ضمن كذلك ، للتنبيه نفسه .

- فى المبدع أنه لو أعد طيحا ذا رائحة معينة ، وفى محل إعداده امرأة حامل يعلم الطابخ أنها تتأثر من هذه الرائحة فاضطرب جينها وألقته ضمن ، لأنه بعلمه بتأثرها يكون قد توقع الضرر وقصده فيضمن لهذا<sup>(٤)</sup> .

١٤٨ - وإنما يعمل معيار توقع الضرر كذلك لتقييد الأضرار المضمونة بالأضرار المتوقعة فى العادة أو فى الغالب ، أما الأضرار التى لا تترتب على فعل

(١) ص : ١٦١ .

(٢) جامع الفصولية لابن سبويه ١٢٢/١ .

(٣) المبدع : ٣٤٢/٨ .

بعينه إلا نادرا فلا توجب الضمان ، إذ النادر لا حكم له في منصوص القاعدة  
الفقهية ، وفيما أشار إليه الشاطبي عند شرحه لمبادئ الضمان الناشئ  
عن استعمال الحقوق وفعل المباحات<sup>(١)</sup> . وينطبق ذلك على التعدى بالمباشرة  
والتسبب على السواء . وبهذا فإن لهذا الضابط وجهين :  
أولهما : تقييد الأضرار المضمونة في المباشرة والتسبب بما هو متوقع عادة  
من فعل التعدى .

- والثاني : اعتبار العمل على خلافه منشئا للتعدى بالتسبب ، فمن يعلم  
أو يتوقع نتيجة معينة لفعله ، ولا يتجنب هذه النتيجة ، يكون قاصدا لها ،  
ويعد متعديا بهذا القصد .

١٤٩ - مخالفة الإذن : لا يشترط الإدراك والتمييز والنية وتوقع الضرر في الفاعل  
لاعتبار الفعل من التعدى الموجب للضمان فيما اتضح من الملاحظات السابقة .  
وإنما يعد الفعل من التعدى الموجب للضمان بالنظر إلى الأوصاف الموضوعية  
للفعل نفسه وكونه : ١ - إما على خلاف الطلب الجازم للشرع كارتكاب محرم  
أو ترك واجب . ٢ - وإما على خلاف المعتاد من التبصر والتحوط في فعل  
المباحات . وأفضل فيما يلي معيار التعدى الخاص بمخالفة الإذن أو الطلب الشرعي  
الجازم للفعل أداء أو كفا .

١٥٠ - من الواضح أن الفعل الموافق لمطلوب الشارع على سبيل  
الوجوب أو التحريم لا ينشئ الضمان . ولذلك تنص القاعدة الفقهية على أن  
( الواجب لا يتقيد بوصف السلامة ) . فلو قضى القاضى بالقتل أو الضرب  
أو القطع وفقا لما تقضى به الأدلة الشرعية لم يجب عليه ضمان . ولو أذن لطبيب  
في إجراء جراحة له فأجرأها الطبيب على الوجه المعتاد ووفقا لما توجه به رسوم المهنة  
وأصولها لم يجب عليه الضمان<sup>(٢)</sup> .

أما الفعل المخالف لما أوجبه الشارع أو حرمه فإنه يوجب ضمان ما يترتب

(١) الشاطبي : المواقف : ٣٤٩/٢ وما بعدها .

(٢) جميع الضمانات : ٤٨ .

عليه من ضرر . من ذلك أن من يتلف مال غيره أو يأخذه بغير حق يعد متعديا ويجب عليه الضمان . ومن يترك إنقاذ مال غيره المعرض للخطر ، وهو قادر على ذلك ، وجب عليه الضمان ، لتركه ما وجب عليه من صون مال أخيه المسلم . والمعلم للسباحة يجب عليه اتخاذ ما يلزم من التدابير للحفاظ على تلميذه ويضمن لو قصر في ذلك ، لخالفته ما وجب عليه بالعقد . وكذلك المودع إذا قصر في حفظ الوديعة كان ضامنا كما تقدم . وقد أغرم عمر بن الخطاب رضي الله عنه حاطب بن أبي بلتعة لتعديده بتجوير غلمانة ، مما ألجأهم إلى أخذ ناقة المزني ونحرها<sup>(١)</sup> .

١٥١ - وإذا كان ترك الواجب أو ارتكاب المحرم مما يوجب الضمان بذاته فإن الفعل المباح شرعا لا يوجب الضمان إلا إذا اشتمل على مخالفة ما يوجبه الشارع من التبصر والحوط . وهذا هو ما تفيد كل من قاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان »<sup>(٢)</sup> وقاعدة تقييد المباح بوصف السلامة<sup>(٣)</sup> . ويوضح ابن نجيم هذه القاعدة الأخيرة بأنه ( لو قطع المقطوع يد قاطعه فسرت ضمن الدية ، لأنه مباح فيتقيد . وضمن لو عزر زوجته فماتت ، ومنه المرور في الطريق مقيد بها . ومنه ضرب الأب ابنه أو الإمام أو الوصي تأديبا لكونه مباحا . ومغله في الضرب المعتاد . أما غيره فموجب للضمان في الكل )<sup>(٤)</sup> .

وبهذا فإن فعل المباح يوجب الضمان إذا أدى إلى الضرر بشرطين :  
أولهما : مجاوزة المعتاد .

والثاني : إمكان التحرز عن الضرر ، فإن تقييد المباح بوصف السلامة يفيد وجوب ضمان أى ضرر ينشأ عن استعمال المباح . لكن هذه القاعدة مقيدة بقاعدة نفى الضمان إذا لم يمكن التحرز عن الضرر .

وتدل شواهد فقهية كثيرة على ضبط إمكان التحرز عن الضرر بمراعاة

(١) أوجر المسالك إلى موطأ مالك للشيخ محمد زكريا ٢٤٠/١٢ .

(٢) المادة ٩١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الأضياء والنظائر لأبن نجيم ص ٢٨٩ وما بعدها .

(٤) السابق ص ٢٩٠ .

المعتاد بين الناس ، بخلاف مآلو صرف إمكان التحرز إلى الإمكان العقلي الذي يؤدي إلى الحكم بضمان جميع الأضرار الناشئة عن ممارسة المباحات ، وهو مآل يقل به أحد من الفقهاء . وبهذا يرتد مفهوم التعدي في هذين الموضعين إلى معيار واحد ، هو مجاوزة المعتاد والسلوك مسلكا مخالفا لمألوف الناس وأعرافهم .

١٥٢ - مجاوزة المعتاد : الخطأ أو التعدي الموجب للضمان هو السلوك مسلكا مخالفا لما ألزم به الشارع ، سواء ترك الواجب أو ارتكاب المحرم ، أو بعدم التحوط والتبصر في أداء المباحات . ولا إشكال في ضبط الخطأ أو التعدي بترك واجب أو فعل محرم ، لأن مرجعه هو الأحكام الشرعية ، وإنما الإشكال في ضبط مدى التحوط الواجب في ممارسة المباحات ، لاختلافه من موقف إلى آخر باختلاف الظروف والعوامل التي ينبغي اعتبارها للحكم بالتقصير والإهمال . وقد أحال الفقهاء ضبط ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر إلى أعراف الناس وعاداتهم في التعامل والسلوك بناء على ما تقضى به قواعد إعمال العرف . ويعني ذلك أن مخالفة العرف وما اعتاد الناس وألفوه في استعمال الحقوق - وفي أداء الواجبات كذلك - يتسبب الفاعل إلى الخطأ أو التقصير الذي يوجب الضمان . وبذلك فإن ضابط الخطأ هو مخالفة الحكم الشرعي ( في ترك الواجب وفعل المحرم ) أو مخالفة المعتاد في فعل المباحات .

ويستند معيار مخالفة المعتاد إلى ما أوجبه الشارع من تحوط وتبصر ، منعا للأضرار بها منعه الشارع وحماه من مصالح . وهذا هو معنى تقييد فعل المباح بوصف السلامة في منصوص القاعدة الفقهية ، وتخصيص الوصف المقيد بتلك الأضرار التي يمكن التحرز عنها حسبا تقدم . وتقريبا على ذلك فإن الأم تضمن لو تركت ولدها الذي يحتاج إلى الحفظ والرعاية ، ويضمن الزوج لو كانت زوجته مريضة ، وتركها دون رعاية . أما إذا لم يتم على الزوج واجب الحفظ كما إذا تركت بيت الزوجية ، أو كانت صحيحة وحدث لها شيء فإنه لا يضمن ، حسبا جاء ذكره فيما سبق . وكذلك لو كان ماشيا في الطريق فسقط إنسان عليه ،

ومات منه فلا ضمان لأنه ( لا يجب عليه التحرز عن سقوط غيره عليه )<sup>(١)</sup> .  
ولا يضمن ركب الدابة ما نحت برجلها أو ذنبها لأنه لا يعد مقصرا في ذلك ،  
وإنما يضمن ( ما وطئت الدابة وما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت  
أو خبطت أو صدمت )<sup>(٢)</sup> لأنه يعد مقصرا ومخالفا للمأمور الشارع في العناية  
بسلامة الغير - ولو أن الدابة ( أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقت عين إنسان  
أو أفسدت ثوبه لم يضمن . وإن كان حجرا كبيرا ضمن . وقيل لو عتف  
في الدابة ضمن ذلك كله )<sup>(٣)</sup> ، وذلك لتقصيره في النظر للمأمور به شرعا ،  
ومجاوزته المألوف في السير . ولا يضمن إذا لم يخالف ذلك ، كما لو أثارت حصى  
صغيرا أو غبارا ، حيث لا يجب عليه توقي ذلك ، أما لو أثارت في سيرها حجرا  
كبيرا فإنه يضمن الضرر لوجوب توق هذا الحجر الذي يسهل التعرف  
عليه وتفاديه .

١٥٣ - ويستند هذا المعيار من الناحية الأصولية إلى مسألة الحكم  
على المباح بالحرمة إذا صحبه قصد الإضرار أو كان يؤدي إلى الإضرار عادة أو  
غالباً ، فإن لزوم المضرة للغير من هذا العمل في العادة أو في الغالب يبقعه  
من الحكم بالإباحة إلى الحرمة ، لأن الفاعل يتوخى ( لذلك الفعل ) على ذلك  
الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين ، إما تقصير في النظر للمأمور  
وذلك ممنوع ، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار ، وهو ممنوع أيضا .. لكن إذا  
فعله فيعد متعلدا بفعله ، ويضمن ضمان المتعدى على الجملة )<sup>(٤)</sup> .

١٥٤ - ويتفق المعيار الفقهي ( مجاوزة المألوف ) مع نظيره الانجليزي  
"Reasonableness"<sup>(٥)</sup> الذي يعنى وجوب التزام سلوك الرجل العاقل وقيام  
الخطأ بمخالفة هذا السلوك . ولا يخرج المعيار الذي أخذ به القانون الفرنسي لقياس

(١) جمع الضمانات : ١٦٥ .

(٢) السابق : ١٨٥ .

(٣) السابق .

(٤) المواقف للشاطي : ٣٥/٢ وما بعدها .

(٥) Tort Law, Dias P.40, 56 .

الخطأ عن المعيار الفقهي ، وإن استخدم هذا القانون في التعبير عن ذلك مصطلح ( الرجل المعتاد ) و ( الرجل الحرص ) . ويرجع الاتفاق بين هذه النظم في المعيار الذي اعترفت به لقياس الخطأ إلى المفهوم الذي خلطته على هذا المعيار وإلى أساسه القانوني الذي يقوم عليه ، وهو واجب العناية The duty care القاضي بأن على الفرد أن يتبصر في سلوكه حتى لا يضر بغيره ، وأن من ترك واجبا في صون حقوق غيره . يضمن .

ويقيد معيار مجاوزة المألوف من الناحية العملية أنه لا يجب على المتضرر إثبات تمدد الخطيئة أو عدم يقظته أو غفلته أثناء خطئه ، وإنما يكفي إثبات مخالفة فعله لمألوف الناس وعاداتهم في أدائهم لمثل هذا الفعل ، فرش الطريق على نحو أدى إلى الزلق ورى الأرض على نحو أدى إلى تسرب الماء لأرض الجار وإفساد ما فيها مما يوجب الضمان بمجاوزة المألوف ، لا باعتبار أن الفعل في ذاته خطأ أو محرم في الشريعة .

١٥٥ - رفع الخطأ والنسيان : لا يتناقى الحكم بالضمان عند التقصير أو الإهمال مقتضى قوله ﷺ ( رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ) ، فإن المرفوع هو الإثم واللوم والعقوبة الحدية لا الحكم بالضمان . وهذا هو ما عنى الفقهاء المسلمون بالإشارة إليه يذكر صدر الشريعة أن الخطأ هو ( أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدًا تاما ، كما إذا رمى صيدا فأصاب إنسانا ، فإنه قصد الرمي ، لكن لم يقصد به الإنسان ، فوجد قصد غير تام ، وهو يصلح علرا في سقوط حق الله تعالى إذا حصل عن اجتهاد ، ويصلح شبهة في العقوبة حتى لا ياثم إثم القتل ، ولا يؤخذ بحد أو قصاص لأنه جزء كامل فلا يجب على المعلوم وليس يعتبر وليس يعلو في حقوق العباد حتى يجب ضمان العلوان ، لأنه جزء مال لا جزء فعل ، ويصلح - أي الخطأ - مخففا لما هو صلة لم تقابل مالا<sup>(١)</sup> ووجبت بالفعل كالدية<sup>(٢)</sup> .

(١) الوسيط للسنهوري : ٧٧٩/١ .

(٢) التوضيح : ٨١٧/٢ .

ويضبط الفخر الرازي الأحوال التي لا يعلم فيها الخطيء والناسي بمعيار (ترك التحفظ والإعراض عن أسباب التذكر) <sup>(١)</sup> . ويرجع إلى ذلك صحة طلب الغفران بالدعاء في قوله تعالى ﴿ رُبَّنَا لَا تَأْخُذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَهْطَأْنَا ﴾ ، من جهة أن الخطيء والناسي مقصر وأن التقصير يوجب الإثم فتحق للمقصر طلب المغفرة وعدم المؤاخلة .

١٥٥ - ويقسم الأحناف النسيان إلى قسمين بالنظر إلى التقصير : أولهما ما يعد علرا مانعا من التكليف ، وذلك إذا لم يوجد أمر مذكر ينسب الناسي إلى التقصير ، وذلك كالأكل في رمضان . والثاني ما لا يتعد علرا وينسب الناسي إلى التقصير ، كما إذا توافرت دواعي التذكير ، وذلك كالأكل في الصلاة ، فإن قيامه لها وانشغاله بأفعالها مما يستدعي عدم نسيانها ، فإذا نسي كان مقصرا . وهذا في التكليف أما في الوجوب وخطاب الوضع فإن النسيان لا ينافي ذلك . يقول صدر الشريعة : ( النسيان لا ينافي الوجوب . لكنه لما كان من جهة صاحب الشرع يكون علرا في حقه غالبا لا في حق العباد . وهو إما أن يقع فيه المرء بتقصير كالأكل في الصلاة مثلا ، فإن حالها مذكرة : وإما ألا يكون بتقصيره كالأكل في الصوم <sup>(٢)</sup> . وقد أخذ الشافعية وغيرهم بهذا التقسيم وإن اختلفوا مع الأحناف في تطبيقه <sup>(٣)</sup> .

وبين المراعى وجه اعتبار الناسي مقصرا بقوله : ( النسيان قد يكون من عدم العناية بالشئ وترك إجمالة الفكر فيه ليستقر في النفس . ومن ثم نسي المرء ما لا يهيم ، ويحفظ ما يهيم . ويؤخذ الناس بعضهم بعضا بالنسيان ، ولا سيما نسيان الأدنى لما يأمره به الأعلى ، فإنه إن لم يفعل ما يأمره به نسيانا رماه بالإهمال والتقصير وأخذ على ذلك . وكذلك الخطأ ينشأ من التساهل وعدم الاحتياط والثروة . ومن ثم أوجبت الشريعة الضمان في إتلاف الشئ خطأ ، فإذا رمى امرؤ شيئا فأخطأ وأصاب إنسانا فقتله أو أخذ به في الشريعة والقوانين

(١) التقصير الكبير للفخر الرازي : ١٥٥/٧ .

(٢) التوضيح : ٧٦٣/٧ .

(٣) المشور في القواعد للزركشي : ٢٧٤/٣ .

الوضعية . وبهذا تعلم أن المؤاخلة على الخطأ مما جاءت به الشريعة وجرى عليه العرف في المعاملات والقوانين . ولو لم يكن كل منها ( الناسي والخطيء ) مقصرا ما جاز هذا وما حسن<sup>(١)</sup> .

١٥٧ - والمرجع في النسيان الذي يعد من التقصير والذي لا يعد هو العرف ، لأنه هو الذي تعلق به الضمان واعتبار الفعل من التعدي . ويلفت النظر في ذلك عبارة صاحب مجمع الضمانات : ( المودع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان يحمل ولم يقفله ، فخرج فسرق وديعته ، قالوا : إن عد هذا إغفالا وإهمالا كان ضامنا وإلا فلا )<sup>(٢)</sup> .

١٥٨ - أنواع الخطأ : يتنوع الخطأ بالنظر للحكم الشرعي للفعل إلى الأقسام التالية :

١ - ترك واجب ألزم به الشارع ، كالصبي غير المخير الذي يحتاج إلى الحفظ إذا تركته الأم ومخرجت فوق من علو ومات فإنها تدفع عنه ، لتسببها في موته بمخالفة ما أوجبه الشارع عليها من العناية به . والأمر كذلك في امرأة تصرع أحيانا فتحتاج إلى حفظها فلا تقع في ماء أو نار ، وهي في منزل الزوج فعليه حفظها . ويضمن إذا ألفت نفسها أثناء الصرع في ماء أو نار . وكذا الصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ<sup>(٣)</sup> . ويضمن كذلك من أطلق كلبا عقورا أو ذباة رفوسا أو عضوضا على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم إذا تلف بذلك مال أو نفس ، لتفريط صاحبها وإهماله بترك ما أوجبه الشارع من العناية والتبصر . وكذا إذا كان له طائر جارح كالصقر والبازي فإنه يضمن ما يفسده من طيور الناس وحيواناتهم ، لأن الشارع أوجب عدم إطلاق الحيوانات الضارية والطيور الجارحة لإضرارها<sup>(٤)</sup> ، ومسئولية أصحابهم عنها مسؤولة مطلقة Strict Liability ومن جنس ترك

(١) تفسير المرافئ : ٨٩/٣ وانظر هذا المعنى في تفسير القرطبي ٤٢٢/٣ وتفسير البحر المحيط لأبي حنيفة ٣٢٠/٣ وضع القدر للشوكاني ٤٩٨/١ والميزان في تفسير القرآن للطباطبائي ٣٩٠/٥ .

(٢) مجمع الضمانات ٧٥ ، وتصرة الحكم لأبن فرحون ٢٥٦/٢ ، ٣٥٥ .

(٣) معين الحكم للطرابلسي ٢٠٧ .

الواجبات المنشئة للضمان (كم ما يجب بيانه كالبائع المدلس في المبيع بإخفاء عيب ونحوه والمؤجر المدلس والتاكد المدلس وغيرهم من المعاملين إذا دس . وكذا الشاهد والخير الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شيء ، والمفتي والحاكم ونحوهم ، فإن كتمان الحق سبب للضمان . وعلى هذا لو كتبا شهادة كتماننا أبطلا به حق مسلم ضمنه ، مثل أن يكون عليه حق بيعة ، وقد أداه حقه له ، أى المؤدى لما كان عليه ، بيعة بالأداء ، فتكتبا الشهادة ( أى شاهدا الأداء ) حتى يفرم ذلك الحق<sup>(١)</sup> ، فإنهما يضمنان . وإن استؤجر مدرب لتعليم شخص السباحة ففرق المتعلم ضمن المدرب ( إن غفل عنه أو لم يشد ما يسبحه عليه شدا جيدا أو جعله في ماء كثير جار أو واقف لا يتحمله أو عميق معروف بالفرق<sup>(٢)</sup> ) . ولو ترك واجب التنبيه للغير فتسبب عن ذلك ضرر لزمه الضمان . وذلك كما لو حمل حطبها ، وخرق به ثوبا ، فإن كان صاحب الثوب مستديرا وصاح به حامل الحطب منها له بالانحراف إلى موضع يمكنه الانحراف إليه ولم يفعل فلا ضمان . وإن لم ينه وهو مستدير ضمنه . وكالمستدير الأعمى إذا لم ينه به حامل الحطب أو لم يكن في إمكان الأعمى الانحراف إلى موضع آخر بعد تنبيهه ، فإن التسبب يضمن للأعمى ما تخرق من ثوبه وما أصابه - من ذلك<sup>(٣)</sup> .

ويشمل الترك بذلك ترك واجب التبصر والتحوط وترك فعل الزم به الشارع كأداء الشهادة . ولا يشترط في الخطأ لأعتباره موجبا للضمان إن يكون فعلا ، بل يمكن أن يكون تركا أو كفا Omission . وعلى سبيل المقارنة فإن القانون الانجليزى لم يعترف بالترك سببا لإيجاب التعويض وقيلام ركن التعدى إلا في مرحلة متأخرة نسبيا .

٢ - ارتكاب فعل محرم ، كالكلب في الشهادة وغصب مال الغير وإتلافه بمباشرة أو بتسبب إذا حرم الشارع هذا الفعل . فلو كان لرجل نوبة ماء في يوم

(١) السابق .

(٢) كشف النفاق : ١٧/٦ .

معين من الأسبوع فجاء رجل آخر وسقى أرضه في نوبة الأول .. ذكر الشيخ على البردوي أن غاصب الماء يكون ضامنا . ويبدو أن هناك رأيا آخر في المذهب الحنفي يقضى بعدم الضمان إذا لم يتدخل المتعدى في مال الغير على نحو مباشر ، فقد قيل بعدم الضمان في رجل أراد سقى أرضه أو زرعه من مجرى له ، فجاء رجل ومنعه الماء ففسد زرع . وقاسوا ذلك على ما لو منع أحد الراعى حتى ضاعت المواشى<sup>(١)</sup> . وهذا الخلاف في الحكم بالضمان بناء على الحيلولة . ومنع المالك من تعهد ماله في المذهب الشافعي كذلك ، فقد جاء في نهاية المحتاج أنه إن أراد سوق الماء إلى أرضه فعنه ظالم من السقى لم يضمن ، وصحح بعضهم الضمان<sup>(٢)</sup> ، والمذهب المالكي أنه لا فرق بين التسبب بالحيلولة في إتلاف المال وبين التسبب بغيرها في إيجاب الضمان ، فمن حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان ضامنا ، ويرجع على السارق<sup>(٣)</sup> . ومن جنس الخطأ الناشئ عن ارتكاب فعل حرمه الشرع التصرف في مال الغير بدون إذنه ، كما لو باعه أو استخدمه أو غير ذلك مما هو في معنى الغصب ، كما لا يخفى .

١٥٩ - وينقسم الخطأ بالنظر لعلاقته بالضرر إلى مباشرة وتسبب . أما مباشرة الفعل الضار فمعناه ترتب الضرر على الفعل دون واسطة بينهما ، كأن يتقلب النائم على متاع فيفسده أو يصدم شخصا بسيارة يقودها ، سواء كان ذلك على وجه التعمد أو الغفلة . وقد جاء تعريف المباشرة في المادة ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : ( الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، ويقال لمن فعله فاعل مباشر ) ، ومعناه أن الفعل الضار لا يتدخل بينه وبين حدوث الضرر أى عامل آخر ، أو أن الإتلاف منصوب على الشيء المتلف نفسه .

أما التسبب حسبها جاء في المادة ٨٨٨ فهو ( أن يحدث في شيء ما يفرض عادة إلى تلف شيء آخر ، ويقال لفاعله متسبب . فإن من قطع جبل قتليل معلق يكون سببا مقصيا لسقوطه على الأرض وانكساره ويكون حينئذ قد أتلف الجبل مباشرة وكثر القتليل تسببا . وكلما إذا شق واحد طرفا فيه ممن وتلف ذلك

(١) لسان الحكم لابن النجاة : ٤٠٤ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٥٢/٥ .

(٣) المحرر : ٤٠/٦ ، والنسوق : ٤٥٢/٣ .

السمن يكون قد أتلّف الظرف مباشرة والسمن تسببا . ويشمل التعلى بالتسبب صوراً عديدة يأتي مكان توضيحها فيما بعد .

١٦٠ - ولا يشترط في المباشرة لإيجاب الضمان سوى أن يكون الضرر مما يمكن التحرز عنه وألا يكون الفعل مأذونا فيه شرعا . ويرى أبو حنيفة أن التصرف في ملك الغير على أى نحو بدون استناد إلى إذن صريح من هذا الغير يعد مخالفة لما أذن به الشارع ويجب الضمان . ويتضح ذلك بالنظر في مسألة ضرب الدابة المستأجرة ، فالقاعدة أن للمستأجر أن يضربها ( الضرب المعتاد في الموضع المعتاد ) إذا أذن له صاحبها في ذلك ، ولا يضمن الضرر الذي يحدث بعد ذلك ، لأن الإذن يناهض الضمان ، ويضمن المستأجر إذا تجاوز في ضربه ما هو معتاد .

لكن لو ضرب المستأجر الدابة ضرباً معتاداً بغير إذن صريح من صاحبها أو كبّح الدابة بلجامها وأصاب الدابة ضرر فمذهب أبي حنيفة الضمان ، لتصرفه في ملك غيره دون إذن صريح منه . ويتفرع مذهب أبي حنيفة في ذلك عن نظره لحق الملكية عموماً . ويدل رأى أبي حنيفة في هذه المسألة على أن مذهب هو ضمان الأضرار المترتبة على التصرف في ملك الغير دون إذن صريح من هذا الغير . ويستلزم قول أبي حنيفة بذلك أنه يفتى بالضمان في أى فعل لم يأذن فيه رب الدابة . ويوجه الزيلعي مذهب أبي حنيفة بأن ( الإذن مقيد بشرط السلامة ، إذ السوق يتحقق بدونه ، وإنما يضرب للمبالغة ، فصار كضرب الزوجة والمروء على الطريق )<sup>(١)</sup> .

ومذهب الصحاحين أن التصرف في ملك الغير بدون إذنه إذا استند إلى سبب يبيحه وتقيد بالمتعارف لا يوجب الضمان ؛ فالمستأجر للدابة إذا ضربها ضرباً معتاداً أو كبّح الدابة بلجامها على النحو المألوف أو ( فعل فعلًا متعارفاً ) عليه ونشأ عقيب ضرر للدابة لم يجب الضمان عند الصحاحين لاعتبارين : أولهما : أن المتعارف عليه مأذون فيه دلالة .

(١) بحث الحقول : ١١٨/٥ .

والثاني : أن المتعارف عليه لا يكون سببا لحدوث الضرر وإلا لنفر منه الناس وعافوه فالكبح المتعارف عليه لإيقاف الدابة لا بد منه ، ولا يكون سببا لإيذائها ، وكذا الضرب اليسير .

١٦١ - ولا يجب الضمان إذا انتفى الخطأ . ويتنفي الخطأ لأمرين :

أولهما : كون الفعل مأذونا فيه شرعا . من ذلك أن يكون الفعل أداء لما يحكم الشارع بوجوبه ، فلو باشر الطبيب قطع طرف لمرضى رجاء الحفاظ على حياته لم يجب ضمان ذلك . وكذا لو قبض القاضى بقطع يد سارق أو يقتل قاتل قصاصا أو حراة فلا ضمان لوجوب ذلك على الطبيب بالعقد وعلى القاضى بقيامه في مصالح المسلمين ومن جنس ذلك دفع الضمان بالصيال ، فمن ( شهر على رجل سلاحة ليلا أو نهارا ، أو شهر عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه )<sup>(١)</sup> ، لأنه غير متعد بتعمد القتل ، للإذن الشرعى بدفع الصائل وقتله إذا كان لا يتدفع إلا بذلك ، ونشأ الصيال في ظروف يغلب على الظن انقطاع الفوت فيها . وكذا لو أكره امرأة على الزنا فلم تستطع دفعه إلا بالقتل فدمه هدر ، ولا ضمان عليها ، لعدم تعليلها<sup>(٢)</sup> ، حيث أباح الشارع حق الدفاع عن العرض ولو بقتل الصائل . أما لو استطاعت دفعه بالاستغاثة وطلب النجدة فضررته ضربا أفضى إلى موته كان عليها الضمان لتعليلها في ذلك .

والثاني القيام بما أوجبه الشارع من عناية وتحوط ، فراكب الدابة لا يضمن ( إن أصابت يدها أو رجلها غبارا أو حجرا صغيرا ففقدت عين إنسان أو أفسدت ثوبه )<sup>(٣)</sup> ويضمن إذا كان الحجر كبيرا بحيث كان يمكنه أن يراه ويتجنبه لو بذل ما يجب عليه من العناية والتحوط ، كما يضمن لو عثف في سمر الدابة ، وتحاوز السرعة المعتادة ، لأنه يكون مهملا بذلك . وبذلك يتنفي الحكم بالتعدي إذا كان الفعل مأذونا فيه شرعا ولا يعده العرف إهمالا .

(١) جميع الضمانات : ١٦٦ .

(٢) السابق : ١٨٥ .

(٣) السابق .

## المبحث الثاني : الضرر

١٦٢ - مفهومه : الضرر والضرر والضّر ضد النفع . وقد ورد هذا التقابل في القرآن في قوله تعالى : ﴿ قُلْ أَتَمِيلُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا ﴾ (١) ، وفي قوله : ﴿ يَدْعُو مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَضُرُّهُ وَمَا لَا يَنْفَعُهُ ذَلِكَ هُوَ الضَّلَالُ الْبَعِيدُ . يَدْعُو لِمَنْ ضَرُّهُ أَقْرَبُ مِنْ نَفْعِهِ لَبِئْسَ الْمَوْلَى وَلَبِئْسَ الْعَشِيرُ ﴾ (٢) ، وفي قوله : ﴿ قُلْ أَتَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَنْفَعُنَا وَلَا يَضُرُّنَا ﴾ (٣) ، وفي قوله : ﴿ وَلَا تَدْعُ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَنْفَعُكَ وَلَا يَضُرُّكَ ﴾ (٤) ، وفي قوله : ﴿ وَيَعْلَمُونَ مَا لَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ ﴾ (٥) ، وفي قوله : ﴿ وَيَعْلَمُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ ﴾ (٦) ، وفي قوله : ﴿ وَيَعْلَمُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ مَا لَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ ﴾ (٧) .

والضرر - بالفتح - هو المصنر ، والضرر - بالضم - هو الاسم . وقيل هما لفتان كالشَّهْد والشَّهْد ، فإذا جمعت بين النفع والضرر ففتحت الضاد ، وإن أفردت الضرر ضمنت الضاد إذا لم يجعله مصدرا . وترد مادة الضر في اللغة بمعنى سوء الحال والفقر والشدة والضييق . وقيل وردت بهذا المعنى العام في قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضَّرُّ دَعَا لِنَفْسِهِ أَهْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضَرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَى ضَرِّهِمْ ﴾ (٨) . وكقوله : ﴿ لَا تَضَارِ الْوَلَدَ يَوْلَاهَا وَلَا مَوْلَاهُ لَه يَوْلَاهُ ﴾ (٩) بمعنى لا يضايق الزوج الأم بأخذ ولدها وإعطائه إلى مرضعة

(١) البقرة : ٧٦ .

(٢) الحج : ١٢-١٣ .

(٣) الأنعام : ٧١ .

(٤) يونس : ١٠٦ .

(٥) البقرة : ١٠٢ .

(٦) يونس : ١٨ .

(٧) يونس : ١٢ .

أخرى ، ولا تضارر الأم الأب بامتاعها عن إرضاع الصغير . والضراء نقيض السراء ، كما بينه التقابل بينهما في قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يَنْفَقُونَ فِي السَّراءِ وَالضَّرَاءِ ﴾ <sup>(١)</sup> . وفي الحديث : « ابتلينا بالضراء فصبرنا وابتلينا بالسراء فلم نصبر » <sup>(٢)</sup> ، ومعناه أنا اختبرنا بالفقر والشدة والعذاب فصبرنا عليه إلى أن جاءتنا الدنيا والسعة والراحة فبطرنا ولم نصبر . ويشير القرآن إلى هذا المعنى في قوله تعالى : ﴿ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ ﴾ <sup>(٣)</sup> . والضراء بمعنى البأساء في هذه الآية وفي غيرها ، كما في قوله تعالى : ﴿ أَمْ حَسِبْتُمْ أَنْ تُتَّخَلَّوْا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُمْ مَثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلِكُمْ مَسْتَهْمِ الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ وَزَلْزَلُوا حَتَّى يَقُولَ الرَّسُولُ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَهُ مَتَى نَصْرُ اللَّهِ ﴾ <sup>(٤)</sup> ، وكقوله : ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَى أُمَمٍ مِنْ قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ ﴾ <sup>(٥)</sup> ، وكقوله : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا فِي قَرْيَةٍ مِنْ نَبِيٍّ إِلَّا أَخَذْنَا أَهْلَهَا بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ لَعَلَّهُمْ يَضُرَّعُونَ ﴾ <sup>(٦)</sup> . وتقابل الضراء كلا من النعمة والرحمة ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَلَقَدْ أَذَقْنَا نِعْمَاءَ مِنْ بَعْدِ ضَرَاءٍ مَسْتَهْمٍ لِيَقُولُوا ذَهَبَ الْبُحْبُوحَاتُ عَنْنَا ﴾ <sup>(٧)</sup> ، وكما في قوله : ﴿ وَإِذَا أَذَقْنَا النَّاسَ رَحْمَةً مِنْ بَعْدِ ضَرَاءٍ مَسْتَهْمٍ إِذَا هُمْ مَكْرٌ فِي آيَاتِنَا ﴾ <sup>(٨)</sup> .

١٦٣ - والضرة شدة الحال ، وهي الأذاة ، والضَّرير صاحب العلة الزامة ، وقوله تعالى : ﴿ غَيْرِ أُولَى الضَّرَرِ ﴾ <sup>(٩)</sup> بمعنى من به علة ضرره وتقطعه عن الجهاد . وفي حديث البراء « فجاء ابن أم مكتوم يشكو ضرارته » أى يشكو علة العمى . والضرورة والاضطرار إلى الشيء الحاجة إليه . وقد نهي النبي ﷺ

(١) آل عمران : ١٣٤ .

(٢) الترمذي : كتاب العيلة .

(٣) البقرة : ١٧٧ .

(٤) البقرة : ٢١٤ .

(٥) الأنعام : ٤٢ .

(٦) الأعراف : ٥٩٤ .

(٧) هود : ١٠ .

(٨) يونس : ٢١ .

(٩) النساء : ٩٥ .

عن بيع المضطر ، أى أنه حكم بعدم انعقاد مثل هذا البيع إذا كان المضطر بمعنى المكره ، أو أنه كره الشراء من اضطر إلى العقد لدن ركيه أو مؤنة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس والنقص للحاجة والضرورة وواجب المسلم أن يمتنع بالإفراض إلى المسيرة أو بشراء السلعة بقيمتها .

ويشمل الضرر بذلك في الإطلاق اللغوى وفيما جاء في ألفاظ الشارع الأذى والضييق على أى نحو : نفى لسان العرب : الضرر الضيق . ومكان ذو ضرر أى ضيق . ومكان ضرر ضيق ومنه قول الأخطل ... ماؤها ضرر يور . قال ابن الأعرابي : ماؤها ضرر أى ماء ثمر في ضيق ، وإراد أنه غدير كثير فمجاربه تضيق به .. والمضر : الدانى من الشيء .. وفى حديث معاذ أنه كان يصل فاضر به غصن فمد يده فكسره ، قوله أضر به أى دنا منه دنوا شديدا فأذاه .. وكل ما دنا دنوا مضيقا فقد أضر . وللضرر معان أخرى يذكرها صاحب اللسان منها المخالفة والغرة . ومنه الضرتان أى امرأتا الرجل ( كل واحدة منهما ضرة لصاحبتها ) .. وتزوج على ضر وضر أى مضارة بين امرأتين .. ومعنى قولهم تزوجت المرأة على ضر كنى لها أى رجلا كان متزوجا بأكثر من واحدة ، وامرأة مضر إذا كان لها ضرة . والضير والضور بمعنى الضرر ، لكن فعله هو ضار ، يضير ويضور . يقال : ما ينفعنى ذلك ولا يضورنى ، ويقال لا ضير ولا ضور ، وهما بمعنى واحد . والضورة الجوعة والضورة شدة الجوع ، والتضور التلوى والصياح من شدة الجوع ، والضورة الضعيف من الرجال .

١٦٤ - وينهى أن يجعل على هذا الإطلاق مفهوم الضرر في قوله <sup>في</sup> لا ضرر ولا ضار ، حتى يدل على وجوب رفع الضرر دون تقييد بنوع منه دون آخر . وبهذا فإن الضرر في معناه اللغوى وفى المعنى الذى جاءت به النصوص الشرعية هو الأذى الذى يلحق بالشخص فى المال أو البدن أو الشرف أو السمعة .

ويتنوع الضرر بذلك إلى ثلاثة أقسام :

أولها : الضرر المالى الذى يتعلق بالمال ، سواء بإتلافه كليا أو جزئيا ، أو بالاستيلاء عليه والتعدى على حيازة صاحبه .

والثاني : الضرر المتعلق بالبدن ، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شجة .  
والثالث : وهو ما يطلق عليه الضرر الأدنى الذى يتعلق بالعرض والشرف والسمعة . ولا شك فى أن حفظ العرض والشرف والسمعة من المصالح الضرورية التى قصد الشارع حفظها وفرض العقوبات الزاجرة عن التعدى عليها . وقد اعتبر الفقهاء هذه المصلحة مقدمة على مصلحة حفظ المال فى ترتيبهم للمقاصد الشرعية الخمسة لأسباب عدة من بينها أنها أيضا وسيلتهم إلى كسب المال فيما عبر عنه الغزالي فى إحياء علوم الدين فى أكثر من موضع .

١٦٣ - حكمه : الضرر ركن الضمان باعتبار الماهية الشرعية وأنه لا يحكم بالضمان إلا بوجوده . أما بحسب الاصطلاحات الأصولية فإن الضرر شرط فى سبب الضمان ، وهو العنوان ، لأن الضمان شرع جبرا للضرر ورفع له عن المعتدى عليه ، فما لم ينشأ الضرر لم يجب الضمان . ومن أمثلة عدم وجوب الضمان لعدم وجود الضرر أنه إذا ( ذبح شاة لا يرجي حياتها لا يضمن استحسانا ، سواء كان أجنبيا أو راعيا .. وإنما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجي حياتهما )<sup>(١)</sup> . والفرق أنه بذيحه الشاة لم يضر صاحبها إذا كانت أشرفت على الهلاك ، وإنما علم لمصلحته ، فإنه لو تركها وماتت لا ينتفع بلحمها ، بخلافه فى الفرس والحمار فإن الذبح لا يفيد صاحبهما شيئا ، بل يضره لاحتمال برئتهما . ومنه كذلك لو أن شخصا عين أضحية فلبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها ولا يضمن النابح ، لأنه ( قد عمجل الواجب فوق موقعه )<sup>(٢)</sup> . ولو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به غيره فالقياس ألا يضمن كاللذابح للأضحية<sup>(٣)</sup> .

١٦٦ - وإذا كان الضرر يسيرا يتسامح فيه الناس عادة لا يجب ضمانه . مثاله إجرأ الماء فى أرض الجار لسقى أرضه إذا تعين ذلك . وفى البر المختار أنه

(١) مجمع الضمانات : ٢٠٨ .

(٢) القواعد لابن رجب : ٢٣٧ .

(٣) السابق .

لو ركب دأر غيره لإطفاء حريق وقع في البلد فأنه لم يركبه لم يضمن ، لأن ضرر الحريق علم فكان لكل دفعه<sup>(١)</sup> . وتفرق المجلة : بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش فيما يتعلق بالمعاملات الجوية ، فقد جاء في المادة ١٢٠ : ( يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان . مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد أو طاحون ، وكان من طرق الحديد وذوران الطاحون يحصل وهن للبناء ، أو أحدث في جانبها قرناً أو معصرة فتأذى صاحب الدار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتى تعلزت عليه السكنى فهذا كله ضرر فاحش يدفع ويزال بأي وجه كان . والمراد بالفرن في هذه المادة القرن الدائم ، أما التور المتعد في البيوت فلا يمنع منه ، لضالة الضرر الناشئ منه ) . وفي الدر المنع من الدبق على اللوام لا على النادر للقلزة على تحمله . وفي جامع القصرين أنه إن اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانه فلهن منع إلا أن يكون دخانه مثل دخانهم فلا يمنع . ومرد هذه التفريعات إلى قواعد الموازنة بين المقاسد المتنوعة واختيار أيسرها عند التعارض ، حسبما تدل عليه القواعد التالية :

- ( يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ) .
  - ( الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ) . وإذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرر بارتكاب أخفهما . ( يختار أهون الشرين )<sup>(٢)</sup> .
- ١٦٥ - ويترتب على التفريق بين الضرر اليسير وبين الضرر الفاحش في الحكم بضممان الأخير دون الأول نتيجةتان :

أولاهما : إقدار النظام الفقهي للضمان على الاستجابة للمصالح الاجتماعية المتنوعة ، والحكم بعدم ضمان المقاسد التي لا تنفك عن هذه المصالح التي اعتبرها العرف ورأى احترامها ، كالتور المنزل التي يثير الدخان ويؤذى الجيران . ومع ذلك فقد حكم الفقهاء بعدم ضمان هذا النوع من الأذى لارتباطه بمصلحة لا غنى عنها في مجتمعاتهم ، ويوقع القول بضممان الأذى الناشئ عنها في الحرج

(١) شرح المجلة لسليم رسم بار ص ٥١١ .

(٢) انظر مواد ٢٦ وما بعدها من مجلة الأحكام العدلية .

ومنع الناس من اتخاذها . ومن جنسه السير في الطريق العام فإنه مقيد بعدم الإضرار بالغير ويتسامح مع ذلك في هذا النوع من الأضرار اليسيرة كإثارة الغبار والتراب والحصى الصغيرة ، لأن القول بضمان ما هو من لوازم السير في الطريق يكر على أصل إباحته بالبطلان .

والثاني : تقييد الضرر المضمون الذي أوجب الشارع رفعه وجبره بالأضرار التي يتسامح الناس فيها ، ذرة المفسدة أهم وأعظم أو تحقيقا لمصالح يرونها لازمة لهم بحيث يرضون احتمال نوع من الضرر لتحصيلها .

وهذا هو القيد الوارد على مطلق الضرر في النصوص للحكم بالإيجاب الضمان . أما القيود التي أوردها الفقهاء على الضرر المضمون في الشريعة فتختلف سعة وتضييقا ، مما هو مبين فيما يلي .

### الفرع الأول - الأضرار المالية

١٦٨ - الضرر المالي هو النقص الذي يلحق بالمال بإتلافه أو تعييبه أو التأثير على حق مالكه في استعماله واستغلاله لمصلحته . والمال في تعريف مجلبة الأحكام العبدية هو ( ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول )<sup>(١)</sup> . وقد جاء تعريف المال في المادة الأولى من مرشد الحيران ، لأهميته باعتباره موضوع المعاملات ، ونصها : ( المال ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة . وهو نوعان : عقار ومنقول ) . ويشير هذان التعريفان إلى ضوابط المالية عند الأحناف ، وهي :

( أ ) تمول الناس ويلهم الأثمان في الحصول على الشيء المعتبر مالا ، فما لا يحموله الناس كحبة حنطة لا يكون مالا ، وإن أباح الشارع الانتفاع به . ويختلف القول عن التقوم في أن التقوم يشترط له مجموع أمرين ، أولهما : التمول

(١) المادة ١٦٦ وانظر هنا التعريف في رد المحتار لابن عابدين : ٣/٤ ، والبدائع : ١٤٩/٥ ، والندوي : ١٠/٣ ، والفتاوى : ٢٨/٣٢ ٥٧/٢ ، وشرح منتهى الإراءات : ١٤٢/٢ ، والفقه الإسلامي وأدلته للدكتور محمد الوكيل : ٤/٤٠ ، ٣٤٥ ، ٣٥٧ .

وبلل الناس الأثمان في الحصول على الشيء ، والثاني إباحة الانتفاع بالشيء شرعا ، فالخمر مال لأن الناس أو بعضهم يبلل الأثمان في الحصول عليها ، وهي ليست متقومة لأن الشارع حرم الانتفاع بها<sup>(١)</sup> . والمالية بهذا أعم من التقوم ، وتصدق على ما يرغب فيه الناس ويبدلون الأثمان للحصول عليه .

(ب) إمكان الادخار لوقت الحاجة . وإنما قصد الأحناف بهذا القيد إخراج المنافع من المالية ، بحكم أنها لا تقبل الادخار . ومع ذلك فالمنافع متقومة بالعقد عندهم ، لأن التقوم أخص من المالية في المذهب الحنفي .

١٦٩ - وتفرق المالية في هذا المذهب عن الملك ، ويرى الأحناف أن المنافع ملك لا مال . وقد جاء في المادة ( ١٢٥ ) من مجلة الأحكام العدلية تعريف الملك بأنه ( ما ملكه الإنسان ، سواء كان أعيانا أو منافع ) . وإنما اعتبر الأحناف المنافع ملكا لا مالا ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوجه الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة<sup>(٢)</sup> .

وقد نبه المرحوم أبو زهرة إلى ما في تعريف المال على هذا النحو من فساد والتشبه ببعض أفراد المعرفة ، من جهة أن من الأموال ( ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي . فهذا النوع من المال لا يدخل في عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ، ويجرى فيه التعامل . ومن ذلك أصناف من البقول والخضر ونحوها )<sup>(٣)</sup> . ولعل تعريف ابن نجيم للمال في المذهب الحنفي أدق ، إذ يعرفه بأنه ( اسم لغير الآدمي ، خلق لمصالح الآدمي ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار )<sup>(٤)</sup> . ويتفق مذهب الأحناف في إخراج المنافع من الأموال مع مذهبهم في الحكم بعدم ضمانتها في غير العقود .

١٧٠ - وقد عرف الشافعية المال تعريفا أعم من ذلك ، إذ تدخل فيه

(١) البحر الرائق لابن نجيم : ٢٧٧/٥ .

(٢) المحرر : ٣١٤/١ .

(٣) الملكية ونظرية المقدس ص ٥١ ، وللدخل الفقهي العام للزرقا ٣١٥/٣ وما بعدها .

(٤) البحر الرائق : ٢٧٧/٥ .

المنافع.. ويذكر السيوطي أنه لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه ، وإن قلت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفلوس وما أشبه . ويعرف التمويل بأنه هو كل ما يُقَدَّر له أثر في النفع . أما ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول<sup>(١)</sup> . ويعرف الزركشي المال بقوله : ( المال ما كان منتفعا به ، أى مستعملا لأن ينتفع به ، وهو إما أعيان أو منافع )<sup>(٢)</sup> . ويشمل المال بهذا كل ماله أثر في النفع باستعداده وتبنيه ، سواء كان عيناً أو منفعة أو حقاً من الحقوق المالية . ويضبطه بوجه عام أن ما أجاز الفقهاء بيعه أو رهنه أو الصلح عنه من الحقوق والمنافع وغيرهما كان من الأموال ، وذلك كحق الأرض وحقوق الارتفاق وتمجيل المؤجل من الديون ، بخلاف الحق في الشفعة فإنه لا يجوز الصلح عنه ببلل الأموال ولا بيعه وتبطل الشفعة بذلك<sup>(٣)</sup> . وتقرب المالية بهذا من حدود التقويم والملك . ولا يختلف تعريف الشافعية للمال عن تعريف الجمهور له<sup>(٤)</sup> .

(١٧) ويعرف المال في التفكير القانوني بأنه الحق ذو القيمة المالية ، سواء كان هذا الحق شخصياً أم عينياً . كما يعرف بأنه الحق الذي يمكن تقويمه بالتقويم<sup>(٥)</sup> . ويشمل المال Property في القانون الانجليزي المنقولات والعقارات والأشياء الأخرى التي يشكل الاختلاء عليها جريمة من الجرائم<sup>(٦)</sup> ، كما يشمل المنافع والديون<sup>(٧)</sup> ، والفوائد المتوقعة والمحتملة<sup>(٨)</sup> ، والوثائق والأدوات التجارية<sup>(٩)</sup> ، وحقوق التأليف والإنتاج الذهني والفني والعلامات التجارية

(١) الأشياء واليظهر ص ٣٧٧

(٢) الخضر في القواعد للزركشي : ٢٢٢/٣ .

(٣) شرح المجلة لسليم وسم بار ص ٤١ .

(٤) انظر تعريف المجلة الشرعية للمال في المادة ١٨٢ بأنه ( هو ما يباح نفعه مطلقاً أو اقتتالاً بلا حاجة ) .

(٥) الوسيط للسبوري : ١٠٣/١ وما بعدها .

(٦) Criminal procedure Act, 1851, S. 30

(٧) Conveyancing Act, 1881, S. 2

(٨) Bankruptcy Act, 1914 S. 167

(٩) Matrimonial Causes Act, 1965, S. 26

Trade marks<sup>(١)</sup> . ولا يدخل في مال الشركة Company حصة رأس مالها غير المدفوع Unpaid capital في رأى جبهة القضاة الإنجليز<sup>(٢)</sup> .

وبهذا فإن كلمة ( مال ) ليست مصطلحا فنيا ، وإنما ينبغي صرفها إلى مدلولها العرفى الذى يفهمه الناس في استعمالاتهم المألوفة . ويعد من الأموال بهذا الاعتبار كل ما يتموله الناس ويتصرفون به سواء كان ذلك من الحقوق الشخصية أو العينية . والحق الشخصى في التفكير القانونى عبارة عن رابطة بين الدائن والمدين ، تقتضى قيام الحق في مطالبة الدائن المدين بعمل أو شيء أو امتناع عن عمل ، وذلك كحق المستأجر في السكن من الانتفاع . أما الحق العينية فهو سلطة يعطيها القانون لشخص في التصرف في شيء معين ، وذلك كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق<sup>(٣)</sup> .

١٧٢ - ويقابل الحق الشخصى Personal right ما يعرف في الفقه بالدين مما يتعلق بالذمة وحالة مقدار من النقود أو الأشياء المثلية . وينشأ الدين في الفقه الإسلامى بالاتفاق أو الضمان . وعبارة صاحب مرشد الخيران في ذلك : ( الدين ما وجب في ذمة المدين ، يعقد أو باستهلاك مال أو غصب )<sup>(٤)</sup> .

أما الحقوق العينية فتشمل حق الملك التام الذى ورد تعريفه في المادة الحادية عشرة من مرشد الخيران بلفظ : ( الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ) . وتشمل هذه الحقوق كذلك حق ملك الرقبة وحدها<sup>(٥)</sup> أو المنفعة دون الرقبة ، بما يستحق بهوض أو بغير عوض<sup>(٦)</sup> ، وملك الانتفاع<sup>(٧)</sup> . ومن جنس هذه الحقوق كذلك حقوق

(١) Property Act, 1922, S. 188

Words and phrases legally defined, John B. Saunders, London, Butterworths, 1969 vol. 4, (٢) P. 205

(٣) الوسيط للسهرى : ١٠٣/١ .

(٤) مرشد الخيران ، مادة وجبة الأحكام الشرعية مادة ١٩٠ .

(٥) مرشد الخيران : مادة ١٨ . (٦) السابق : مادة ١٥ .

(٧) السابق : مادة ١٧ ، ٢٤ ، ٢٥ ، وقواعد ابن رجب ص ٢٠٨ .

الارتفاع المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر<sup>(١)</sup>، وحق التبعية<sup>(٢)</sup>، وغير ذلك مما يعد من قبيل الحقوق الغينية التبعية التي تشمل حق الرهن وحق الحبس<sup>(٣)</sup>.

١٧٢ - ويستتبط مما تقدم المعاني التالية :

- المال هو ما أبلغ الشارع الانتفاع به فيما ذهب إليه الجمهور ، سواء كان عقارا أو منقولاً أو منفعة أو انتفاعاً ، خلافاً للأحناف الذين يحصرّون الأموال في العقارات والنقولات .

- يقترب التعريف القانوني للمال في روحه من تعريف الجمهور له .  
- يرتبط الحكم بالضمنان في المذاهب الفقهية بتعريف المال في هذه المذاهب ، ويتأثر كل منهما بالآخر فيما أخذ به كل مذهب منها . يوضح ذلك أن الأحناف الذين لم يعتبروا المنافع من الأموال حكموا بعدم ضمانتها . والشافعي اعتبر أهل الذمة مخاطبين بفروع الأحكام الشرعية والخمر محرمة عليهم لذلك ، فذهب إلى عدم ضمانتها لهم لو أتلّفها مسلم أو ذمي . وكذلك فإن عظم الميتة وعصبيها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها ونخفها وظلفها وحافرها مضمونة عند الأحناف باعتبارها أموالاً لغيرها وحل انتفاع بها في ملههم ، خلافاً للشافعي الذي أنكر ماليتها وعدم جواز الانتفاع بها لتجاستها بحكم كونها من أجزاء الميتة بترتب الحكم بالضمنان في كثير من الأمور المستحدثة كحقوق التأليف والابتكار اللغني أو الفني على تقرير ماليتها .  
وفيما يلي ترتيب أنواع الأضرار المالية :

(١) المادة ٣٧ من مرشد الحيوان .

(٢) ( ٣ - ) قواعد ابن رجب ص ٢٠٨ ، والمقدمة الرابعة من مرشد الحيوان ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري : ٣١/١ .

## المطلب الأول : المنقولات

١٧٤ - ورد في المادة الثالثة من مرشد الحيران أن المنقول يطلق على كل مال يمكن نقله ونحويله . فيشمل العروض والحيوانات والمكبات والموزونات والذهب والفضة . ويشمل البناء والغراس القائم في أرض مملوكة أو موقوفة . ويبنوا أن هذا هو تعريف الخنابلة للمنقول كذلك ، فهو عندهم ( الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر )<sup>(١)</sup> . غير أن المالكية يعتبرون البناء والشجر من العقار ؛ فقد نصوا على أن ( العقار حقيقة كالأرض والبناء والشجر )<sup>(٢)</sup> . وتعريفهم للمنقول بذلك أنه هو ما أمكن نقله مع الاحتفاظ بصورته . وليس كذلك البناء والغراس ، فقد يتقلان ولكن بعد تغير صورتهما التي كانت لهما قبل النقل .

ويتفق<sup>(٣)</sup> القانون المدني المصري في تعريف هذين المصطلحين مع تعريف المالكية ؛ فقد جاء في صدر المادة ١٨٢ من هذا القانون أن ( كل شيء مستقر

(١) يرجع هذا الخلاف إلى الخلاف في ذلك الوصف المعبر عليه للحكم بحريم الميتة ، فالشافعي اعتبر « الموت » هو علة التحريم على حين اعتبر الأحناف وصف الرطوبة المتجسدة للميتة هو علة الحكم بتحريمها . وذلك بناء على أن وصف الموت لا يصلح علة لهذا الحكم ، لإلغاء الشارع لهذا الوصف في حكمه . يحمل ميتة السبك والجراد . وهذه الأجزاء ، موضع الخلاف ، ليست رطبة فلا تكون نجاسة تما للذات وتوجد الميتة قبل دمه رطب فيكون نجاسة فإن دمي زالت نجاسته وحكم بظهوره . بدائع الصنائع : ٤٢/٥ . ويرد أن النجاسة في ذلك إلى أن الحكم الشرعي يضاف إلى الأيمان عند الشافعية وإلى الملة عند الأحناف ، ذلك أن الحكم بنجاسة الميتة عند الشافعية مضاف إلى وصف مرتبط بالعين نفسها ، وهو الموت ، على حين أن الحكم مضاف عند الأحناف إلى علته ، وهو الرطوبة فيدر الحكم معها وجودا وعدما . ولذا يظهر جلد الميتة بالدهاغ لزوال هذه الرطوبة به ، وعظمتها ، وصوفها ووبرها طاهر لا تلطم هذه الرطوبة فيه . انظر في ذلك : تحرير الفروع على الأصول للرحماني .

(٢) مادة ١٩٧ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٣) الخلفي : ١٦٨/٦ ، وحاشية الدسوقي .

(٤) للمقلد : بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري انظر : الفقه الإسلامي ، مدخل للدراسة ، نظام المملكات فيه للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٥٢ . والملكية ونظامه المقدس لأبي زمر ص ٦٥ .

بميزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .

أما القانون الإنجليزي فيعرف العقار Immovable property بأنه كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات من أبنية وأشجار وغيرها وما يتعلق بذلك من المنافع والحقوق<sup>(١)</sup> .

١٧٥ - ولا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ضمان الأضرار المتعلقة بأعيان الأموال المنقولة ، سواء رجعت هذه الأضرار إلى غصب هذه الأعيان أو إتلافها أو تعييبها ونقصانها أو كانت بتغيير صورتها أو الانتفاع بها . ويشترط الفقهاء لضممان المنقولات الشرطين التاليين :

( أ ) - مالية المنقول : لا يجب ضمان المنقولات التي لم تثبت في الشرع ماليتها . ولذا لا ضمان بإتلاف الميتة أو جلدتها أو الدم وغير ذلك مما لم يبيع الشارع الانتفاع به<sup>(٢)</sup> . ومن جنسه أنه لا ضمان بإتلاف صبيد الحرم أو ما صاده الحرم ، ( لأنه جرم الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا )<sup>(٣)</sup> ، وكلنا لحم السبع ( لأنه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا )<sup>(٤)</sup> . وأما جلد السبع والحمار والبغل ، فإن كان مذبوحا أو مذبوحا اعتبر مالا ، لأنه ( مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا )<sup>(٥)</sup> .

وإن لم يكن مذبوحا ولا مذبوحا كان حكمه حكم الميتة فلا يعد مالا .

---

(١) Words and Phrases legally Defined, John B. Saunders 3/6 and Specific Relief Act, by M. A. (١)

Chanudry P. 10

(٢) بدائع الصنائع : ١٦٧/٧ .

(٣) السابق : ١٤١/٥ .

(٤) السابق .

(٥) السابق .

(٦) الجرة الكبيرة .

وما كان من المباحات العامة كالكلأ والماء والنار لم يجب ضمانها لأنها غير متمولة ، ولا يبدل الناس الأثمان فيها بحكم للشارع . ولذا ( لو نزع ماء برجل حتى ييسب لم يضمن ، إذ مالك البئر لا يملك الماء . بخلاف ما لو غصب ماء من الحب<sup>(١)</sup> فإنه يؤمر بإملائه لأنه ملكه<sup>(٢)</sup> ) . بالإحراز في هذا الإناء . وعلى الرغم من انتفاء الضمان في أخذ الماء المباح فإن مالك البئر أن يمنع الناس من الدخول إلى ملكه . ولأصحاب الأنهار الخاصة منع غيرهم حق الشفة وسقى حيواناتهم منها إن كان ذلك يؤدي إلى تخريب هذه الأنهار بكثرة الحيوانات الواردة إليها<sup>(٣)</sup> .

والكلأ والنار حكمهما حكم الماء في اشتراك الناس فيها شركة إباحة . وتعريف الكلأ في المادة ١٢٤٢ من المجلة المدنية أنه هو ( النبات الذي لا ساق له ، فلا يشمل الشجر . والفطر أيضا في حكم الكلأ ) . والنايت من ذلك في أرض عاية غير مملوكة لأحد مباح ، لا يضمن من أخذه . ومثله الكلأ النايت في ملك إنسان بلا تعاطى سببه . أما إذا تعاطى سبب إنباته ، ( كما إذا سقى أرضه أو جعل لها خندقا أو أعدها أو هيأها بوجه ما لأجل الإنبات فالنباتات الحاصلة في تلك الأراضي تكون ماله ، لا يسوغ لآخر أن يأخذ منها شيئا . فإن أخذ واستهلك كان ضامنا<sup>(٤)</sup> ) . أما الأشجار النايتة في الأرض المملوكة ولو لم يفرسها صاحبها أو يتسبب في إنباتها فإنها تكون له ، وليس لغيره الاحتطاب منها إلا بإذنه ، ويضمن من يقتل عليه في حقه<sup>(٥)</sup> .

(ب) تقوم المنقول : ثبتت التقويم عند ابن نجيم بأمرين ، أولهما المالية والثاني لإباحة الانتفاع بالشئ المتمول من جهة الشرع . وعبرته في ذلك : ( المالية إنما تثبت بتمول الناس كافة كلهم أو بتمول البعض . والتقوم يثبت بها وإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يكون مباح الانتفاع بكونه تمول الناس لا يعد مالا كحبة خضرة ، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون

(١) الجزء الكيرة .

(٢) مجمع الضمانات : ١٢٨ .

(٣) شرح المجلة لسلم رسم ص ٦٨٤ .

(٤) مادة ١٢٤١ من مجلة الأحكام المدنية .

(٥) مادة ١٢٤٤ من المجلة المدنية .

مقوماً كالخمر . وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم<sup>(١)</sup> . أما الكاساني  
فيرى أن المالية لا تثبت إلا بالقول والتقويم معاً<sup>(٢)</sup> . وعمل الخلاف بين التعريفين  
أن تعريف ابن نجيم للمال أقرب إلى المعنى اللغوي للفظ وأن تعريف الكاساني  
أقرب إلى الاصطلاح ، وهو أوفق فالتعريف الفني للمال هو المطلوب .

١٧٦ - ويترتب على ذلك الترجيح ثبوت الضمان للمنقولات بوصف  
المالية المتضمن لمعنى التقويم . وقد اشترط بعض الفقهاء لضمان الأموال المنقولة  
كونها مملوكة لأحد مع تخرج عدم ضمان المباحات على غياب هذا الشرط .  
ويؤيد هذا الرأي أن من الأهداف التي شرع لها الضمان حماية حق الملكية والمنع  
من مزاحمة المالك في ملكه ، لاخصاصه بما يملك<sup>(٣)</sup> . لكن يلاحظ الكاساني أن  
تخرج عدم ضمان المباحات على فقد شرط التقويم أولى من تخرجه على فقد شرط  
الملكية الذي يراه ( ليس بشرط لوجوب الضمان ، فإن الموقوف مضمون بالإتلاف  
وليس بمملوك أصلاً )<sup>(٤)</sup> .

والإمالة يشترط لضمان المنقولات كونها أموالاً مع تعريف المال بأنه ( ما يميل  
إليه طبع الإنسان ويتموله وينزل الأثمان فيه ويبيح الشارع الانتفاع به ويوجب  
الشارع حمايته . وعدم مزاحمة أصحاب الحق فيه .

١٧٧ - وقد انفرد الأحناف فيما بان لي من تتبع المذاهب بعدم اعتبار  
الدين مالا . وقد نص الأحناف على رأيهم هذا في مسألة عدم الخنث بالخلف ( أنه  
لا مال له ، وله دين على مُفلس ، أي محكوم بإفلاسه ، أو على ملء غنى ،  
لأن الدين ليس بمال ، بل وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة . ولهذا قيل  
إن الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض ، لأنه قبضه

(١) البحر الرائق : ٢٧٧/٥ ، ورد المحرر لابن عابدين ٣/٤ .

(٢) بدائع الصنائع : ١٤١/٥ .

(٣) انظر في تعريف الملكية الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٤٦ ، وللسيوطي ص ٣١٦ ، والمدة ١١  
من مرشد الحيران ، والمدة ١٢٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) بدائع الصنائع : ١٦٨/٧ .

بنفسه على وجه التملك ، ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدين قصاصا<sup>(١)</sup> .  
وليس هذا فحسب فإن بعض الأحناف ينكر ملك الدين ، بناء على أنه وصف  
شرعى ثابت فى الذمة . ويرى هذا البعض أن قيام الشركة فى الدين على سبيل  
الاجاز ، ( لأن الدين وصف شرعى لا يُمَلِّك )<sup>(٢)</sup> والحق أنه يملك ، وهو ما ذهب  
إليه جمهور الأحناف .

### المطلب الثانى : العقارات

١٧٨ - يضمن العقار<sup>(٣)</sup> Immovable Property بإتلافه إتلافاً كلياً  
أو جزئياً وتفاوت يد ماله . وفى ذلك يذكر ابن نجيم ( أن العقار مضمون  
إذا جحد المودع وإذا باعه الغاصب وسلمه وإذا رجع الشاهد به بعد  
القضاء<sup>(٤)</sup> . وفى مجمع الضمانات حكاية الإجماع على الضمان فيما لو أتلّف  
العقار بسكناء أو أنقصه بفعله ، كما إذا حفر حفرة فيه أو نقل تراباً من أرضه أو  
قطع بعض أشجاره ، لأنه إتلاف والعقار يضمن به<sup>(٥)</sup> . وفى الأمثلة التالية ذكر  
بعض أنواع الأضرار التى تتعلق بالعقار .

- ( لو أخذ من أرض إنسان تراباً ، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة  
فى ذلك الموضع يضمن قيمة التراب ، سواء تمكن به النقصان فى الأرض أو  
لم يتمكن . وإن لم يكن للتراب قيمة فى ذلك الموضع ينظر ، إن انتقصت به الأرض  
ضمن النقصان وإلا فلا . ولا يؤمر بالكس<sup>(٦)</sup> ، وقال بفضهم يؤمر بذلك )<sup>(٧)</sup> .  
- وقع الحريق فى عملة فهدم رجل بيت جاره حتى لا يحترق بيته يضمن

(١) حاشية ابن عابدين ١٥١/٣ وما بعدها .

(٢) السابق : ٤٦٥/٣ .

(٣) انظر تعريف العقار فى قلوبى وعميرة : ١٩١/٣ ، والفقه الإسلامى وأدله ٤٦/٤ .

(٤) الأشبه والظاهر لابن نجيم ٢٨٤ .

(٥) مجمع الضمانات : ١٢٦ .

(٦) الكس معناه تسوية الأرض بإعادة مثل التراب المأخوذ منها .

(٧) السابق : ١٢٧ .

قيمة بيت الجبار ، كمضطر أكل في المفارقة طعم غير .. (١).  
 - ( رجل هدم بيته فألقى ترابا كثيرا يزيق الجدار الذي بينه وبين جاره ،  
 ووضع فوقه لبنا كثيرا حتى مال الحائط أو هدم بنقصه ، إن كان اللبن مشرفا  
 على الحائط متصلا بحيث دخل الوهن في الحائط من ثقله فهو ضامن ) (٢).

- ( حفر ثرا في ملكه فطمها رجل بترابها ، قال الكرخي : أقومها مغفورة  
 وغير مغفورة فيغرم فضل ما بينهما . ولو طرح فيها ترابا أجبر على إخراجها ) (٣).

١٧٩ - وكما يضمن العقار بالإتلاف والتعويض فإنه يضمن بالغصب  
 والاستيلاء في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الأحناف  
 والشيعة الإمامية (٤) خلافا لما ذهب إليه كل من أبي حنيفة وأبي يوسف (٥) . حجة  
 الجمهور في جريان الغصب في العقار أنه يتحقق بإثبات اليد العادية وإزالة اليد  
 المحقة ، وذلك ممكن في العقار أيضا ، لأن إثبات اليدين المتنافعتين على شيء واحد  
 لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه ، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة  
 للمالك ضرورة . وهذا لأن اليد لا تعني إلا القدرة على التصرف ، ومعنى زوال  
 اليد فقد القدرة على التصرف ، فإذا أثبت الغاصب يده انتفت يد المالك .  
 ويستدل الجمهور لمذهبهم بقوله ﷺ : « من غصب شبرا من أرض طوقه الله  
 من سبع أرضين » ، حيث أطلق لفظ الغصب على العقار . ومن أدلتهم صحة  
 إطلاق لفظ الغصب على العقار في العرف ، حيث يقال غصب دار فلان وأرضه  
 وعقاره . ويقس الجمهور ضمان العقار بالغصب على ضمانه بالإتلاف  
 والتعويض (٦).

(١) السابق : ١٢٩ . (٢) السابق : ١٢٨ . (٣) السابق : ١٢٨ .  
 (٤) حاشية المدقق : ٤٤٣/٣ ، والجمل : ٤٧٠/٣ ، وكشاف القناع : ٧٧/٤ ، والبحر الرائق : ١٢٦/٨ ،  
 وشرائع الإسلام : ٢٣٥/٣ .  
 (٥) بدائع الصالح : ١٤٥/٧ ، والفتاوى النجالية : ١١٥ ، والمبسوط للرمسيس : ٧٣/١١ ، وتبيين الحقائق :  
 ٢٢٤/٥ وابن عابدين : ١٣٠/٥ ، ومجمع الضمانات : ١١٧ ، والفتاوى الهندية : ١٢٠/٥ .  
 (٦) المدع في شرح المتن لابن مقلح : ١٥١/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٤/٥ وحاشية الجمل : ٤٧١/٣ ، ونهاية  
 المحتاج : ١٤٨/٥ ، وخواص الشرواني وابن قاسم على الصفحة ٧/٦ .

أما حجة الشيخين - أي حنيفة وأبي يوسف - لمذهبهما فتتمثل في أن الغصب الموجب للضمان هو إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال نفسه ، ولم يوجد في العقار ، لأن يده لا تزول عن المصوب إلا بنقله وتحويله وتغييره عن مالكه على نحو لا يقف على مكانه ، مما يجعله في حكم التالف ، والعقار لا يحتمل النقل ولا التحويل فلم يوجد الإتلاف حقيقة ولا تقديراً فينتفى الضمان . ولذا لو غصب شخص العقار فأثله آخر فالضمان على المتلف ، لأن الغصب لا يتحقق في العقار فيعتبر الإتلاف<sup>(١)</sup> . ويخالف محمد في ذلك ويرى تخيير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف ، بناء على مذهبه في جريان الغصب في العقار .

١٨٠ - ويميل السرخسي فيما يبدو إلى مذهب الجمهور . وينقل أن الحكم بضمان العقار بالغصب كان قولاً لأبي يوسف ، وأنه هو الاستحسان ، من جهة أنه لا يشترط النقل فيما لا يتأق فيه لإثبات الغصب ويقام غيره مقامه ، وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى وإخراج المالك عنه ، كما أن شرط صحة الدعوى والشهادة الإشارة إلى العين في المنقول الذي يمكن إحضاره ، ثم في العقار لما تعلق ذلك يقام ذكر الحدود مقامه<sup>(٢)</sup> .

وإنما يظهر الخلاف فيما لو هلك العقار في يد الغاصب بأفة سخاوية ، حيث لا يضمن في مذهب الشيخين لإضافة التلف إلى غير فعله ، ففي مجمع الضمانات أن (العقار لا يتحقق فيه الغصب عند الشيخين خلافاً لمحمد . فإذا غصب عقاراً فهلك في يده بأن انهدم بأفة سملوية أو جاء سيل فذهب بالبناء أو أشجاره أو غلب السيل على أرض بقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما . وقال محمد : يضمنه ، وهو قول أبي يوسف أولاً . وبه قال الشافعي<sup>(٣)</sup> . أما الجمهور فقد أخذ بالمسئولية المطلقة للغاصب وإن لم يثبت تسبب فعله في التلف . ولا يجب على المتضرر إلا إثبات تعديه بالحيازة والاستيلاء على العقار لقيام مسؤوليته عما

(١) بدائع : ١٤٦/٧ .

(٢) المبروط : ٧٤/١١ .

(٣) مجمع الضمانات : ١٢٦ .

يحدث لهذا العقار ، سواء حدث بفعله أو بغير فعله ، وكأنه مسئول عن إعادة تسليم العين المنصوبة لصاحبها كما أخذها ، وأن تعديه وخطأه هو عجزه عن تحقيق هذه الغاية وعدم وفائه بها .

١٨١ - وقد ترتب على الرأي المفتى به في المذهب الحنفى ، وهو عدم ضمان العقار بالغصب ، عدد من الأحكام التى لا تتفق مع ما يوجبه الشرع من علل أو ما قصد إليه من حماية حق الملك . من ذلك أنهم رأوا أنه لا ضمان على الغاصب لو استولى على أرض فيها زرع ثابت ، وهو قصيل ، فهلك القصيل أو ييس ، إذا لم يوجد النقل . ويضمنه لو أتلفه بفعله . أما لو أتلفه شخص آخر فإنه هو الذى يضمن لا الغاصب . وكذلك لو غصب كرما فيه أشجار فيبست لا يضمن الأشجار إذا لم يكن التلف بفعله . ولو قطع الأشجار ضمن ، ولو قلعها آخر كان الضمان على القالع . ولو هدم بيتا يضمن قيمته مبنيا لا قيمة العرصة ، لأنها قائمة والغصب لا يجرى في العقارات<sup>(١)</sup> . وإنما ضمن البناء لأنه من المنقولات في تعريف الأحناف لها<sup>(٢)</sup> ، ولأنه أتلفه بفعله فيعد متعديا . ولا يخفى أن اشتراط استئناف التعدى في المنقولات الثابتة على العقار المنصوب للحكم بضمانها مبنى على مذهب الأحناف في أن غصب العقار لا يوجب الضمان .

وقد ترتب على رأى الأحناف في عدم ضمن العقار بالغصب أحكام تتسم بالغرابة في المنطق العلم . من ذلك ما ورد في مجمع الضمانات أنه ( لو غصب أرض خراج فزرعها كان الخراج على رب الأرض )<sup>(٣)</sup> ، عى حين أن الخراج من الأرض وغلتها من حق الغاصب في المذهب ، ولا يضمن لصاحب الأرض إلا مقدار ما نقصته زراعتها ، ويطيّب له الفضل بين ما غرمه في نقصانها وبين ما أخرج له منها . ولا يجب عليه التصديق بشئ من ذلك عند أى يوسف ، خلافا لغيره من أئمة المذهب الذين أوجبوا على الغاصب التصديق بهذا الفضل<sup>(٤)</sup> . ووجه

(١) السابق : ١٢٦ وما بعدها .

(٢) ملادة الثالثة من مرشد الحرفان .

(٣) مجمع الضمانات : ١٢٨ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ١٣٢/٥ ، وتبين الحقائق : ٢٢٥/٥ .

الغرامة في ذلك أن إيجاب الخراج على المالك مع الحكم باستحقاق الغاصب لغلتها فيه ظلم للمالك ومكافأة للظالم على ظلمه وتعديه .

١٨٢- وقد اضطر متأخرو الأحناف إلى الأخذ برأى محمد بن الحسن في غصب العقار الموقوف ، وأفتوا بضمان غاصبه حفظا لمصلحة مستحقه ، إن هلك في يده بأفة سملوية<sup>(١)</sup> . وإذا كانت مصلحة الموقوف عليهم ليست أولى في الاعتبار شرعا من مصلحة أرباب المقارات فإنه كان من الواجب على متأخري الأحناف أن يطبقوا معيارا واحدا وأن يتنوها إلى الإفتاء بقول محمد وزفر في ضمان المقارات .

والخلاصة أن مذهب الجمهور في ضمان الأضرار المتعلقة بالمقارات بأي نوع من أنواع التعدي أثبت دليلا وأوفق في التعبير عن مقصد الشارع إلى حفظ حقوق الملكية في المقارات والمنقولات على السواء .

### المطلب الثالث : المنافع

١٨٣- المنفعة ما كان من قبيل الأعراض كسكنى النار وركوب الحيوان<sup>(٢)</sup> وعمل الإنسان . وهي لفظ عام يطلق على كل ما ينتفع به ، طبقا لما جاء في اللسان والمحيط . وتشمل المنافع بذلك كلا من منافع الأموال ومنافع الإنسان . وقد تنازع الفقهاء بناء على هذا التحليل للمنافع في الأمور التالية :

- ورود التعدي بالنصب أو الإتلاف على المنافع باعتبارها أعرضا لا تبقى زمانين .
- مالية المنافع .
- ضمانتها .

---

(١) الأضياء والظواهر لأين نجيم : ٢٨٤ ، وشرحه للحموي ٩٩/٢ ، وجميع الضمانات ١٢٦ ، والبحر الرقيق ١٢٦/٨ .

(٢) شرح المجلة لسلم رسم ٣١٨ .

ويرى الأحناف أنه لا سبيل إلى ورود الغصب أو الإلتاف على المنافع باعتبارها أراضاً لا بقاءها ، لقائلها بطبيعتها وتحدد حدودها شيئاً فشيئاً<sup>(١)</sup> ، فلا يتعلق بها فعل الغاصب أو التلطف . ولعل هذا التحليل صحيح في أساسه من الناحية الفلسفية ، غير أنه لا يصح من الناحية الحقوقية حيث لا يشترط تميز المنصوب وبقاؤه في الزمان لتحقيق غصبه أو إلتافه في العرف وتقدير الناس . وهم لذلك يقولون غصب فلان منفعة هذه النارية ثم ردها على صاحبها أو قوت منفعته وأتلفها دون أن يضر ذلك في نفوسهم أى إحساس بالتناقض المنطقي . وإذا تعلق التعدي على المنفعة لعدم بقائها من الناحية المنطقية فإن حبس محلها بعد سبب كافٍ لقيام هذا التعدي . ويجب الالتفات إلى حقيقة اختلاف النظر الحقوقي في أى نظام قانوني عن النظر الفلسفي في المقصد والأساس فمقصد النظر الحقوق هو تحقيق العدل ورفع الظلم وأساسه هو المواضع العرفية والاجتماعية ، على حين يسعى النظر الفلسفي إلى إدراك الماهية والكنه على أساس من التحليل المنطقي والعقلي . ويفسر ذلك الإحساس الذي يرد إلى ذهن الرجل العادي بغرابة ادعاء أن المنافع لا سبيل إلى إلتافها لعدم بقائها أزماناً .

١٨٤ - وينزع فقهاء المذهب الحنفي كذلك في اعتبار المنافع أموالاً ، حسبما سلفت الإشارة إليه . يقول صدر الشريعة في ذلك : ( والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يتغير للانتفاع به وقت الحاجة )<sup>(٢)</sup> .

والتحقيق عند الجمهور أن المنفعة مال ، بل هي الغرض الأظهر من الأموال ، إذ لا يحرص الناس على الأعيان ولا يفتنونها ويبدلون الأموال في الحصول عليها إلا لما تجره من منافع . فإذا أهدرنا مالية المنافع أدى ذلك إلى إهدار مالية الأعيان من باب أولى ، بحكم أن المنافع هي المقصود المباشر والأعيان هي الوسيلة إليها ويؤدي إهدار مالية أى منها إلى منافية قصد الشارع وأعراف الناس .

(١) شرح المجلة لمحمد علي الآفانسي : ٦٩٨/٢ ، والمبسوط : ٨٧/٤٣ .

(٢) التوضيح لمحمد الله بن مسعود : ٣١٤/١ .

١٨٥ - وقد أدى الخلاف في تحليل المنافع وفي مآليتها إلى اختلاف الفقهاء في ضمان الأضرار المتعلقة بمآليتها . ولهم في ذلك ثلاثة اتجاهات :

(أ) موقف النافين لضمان المنافع . وهو رأى الأحناف .  
(ب) موقف المثبتين لضمان المنافع بالتقويت دون القوات . وهو مذهب المالكية في منافع الأموال ، كما أنه هو مذهب الإمامية والراجح من مذهب الشافعية في ضمان منافع الإنسان الحر .

(ج) موقف المثبتين لضمان المنافع مطلقا ، سواء فوتها المعتدى واستفاد بها أو فأتت عنده وعطلها ، كما لو غضب دارا ولم يسكنها ، وسواء كانت المنفعة منفعة مأل ( عقار أو منقول ) أو منفعة إنسان . وهذا هو الراجح من مذهب الخنابلة وهو الرأى المرجوح في المذهب الشافعي . وإنما يقوم هذا النظر على إيجاب ضمان المنفعة بإتلافها جبرا للضرر الواقع على المستحق للمنفعة . وهذا النظر الموجب لضمان المنافع بإطلاق أبلغ في تحقيق المقصد الشرعى : رفع الضرر ، وأعون على صياغة قاعدة عامة لضمان الأضرار الناشئة عن التعدى ، سواء تعلق الضرر بالأعيان أم بالمنافع .

وفيما يلى بيان هذه المذاهب ومناقشة أدلتها :

#### مذهب الأحناف :

١٨٦ - المنافع غير مضمونة عند الأحناف ، سواء استوفها الغاصب وانتفع بها أو فأتت عنده وعطلها ولم يستفد بها ، ( فإذا استعمل عبدا أو حرا قهرا أو أمسكه زمانا ولم يستعمله لا يضمن شيئا )<sup>(١)</sup> . لكنه يضمن ما ينقصه الاستعمال للأموال . جاء في الهداية : ( ولا يضمن الغاصب منافع ما غضبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان .. ولا فرق بين ما إذا عطلها أو سكنها )<sup>(٢)</sup> . ولا تعلق لإيجابهم ضمان نقصان أعيان الأموال الناشئة عن الاستعمال بنفهم ضمان المنافع ، لارتباط النقصان بأعيان الأموال باعتباره

(١) جميع الضمانات : ١٣٠ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٢٨١/٨ .

إتلافا جزئيا لهذه الأعيان . وفي المبسوط أنه ( ليس على الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجر )<sup>(١)</sup> .

١٨٧ - ومن أدلة الأحناف للمذهب أن ( المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالإتلاف كالحجر والميتة . وببأنه أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول . والتمول صيانة الشيء وإدعائه لوقت الحاجة . والمنافع لا تبقى وقتين ولكنها أعراض ، كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى ، فلا يتصور فيها التمول ... وعلى هذا نقول : الإتلاف لا يتصور في المنفعة أيضا ، لأن فعل الإتلاف لا يمل المعلوم ، وبعد الوجود لا يبقى لعله فعل الإتلاف ، وإثبات الحكم ينون تحقق السبب لا يجوز . فأما بالمقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس )<sup>(٢)</sup> .

ولا يسلم الخصوم بهذا الدليل الذي يقوم على نفى التقوم والمالية عن المنافع إلا بالمقد . ومن أدلة الأحناف على عدم ضمان المنافع أن الضمان مقيد بالمثل ، ولا تمكن المماثلة في تضمين المنافع ؛ إذ لو وجب ضمانها لكان سبيله دفع أعيان الأموال في مقابلة المنافع ، وأعيان الأموال لا تماثلها فوجب إهدارها لذلك . يقول صدر الشريعة في هذا المعنى : ( التقيد بالمثل واجب في كل باب ، كالأموال كلها والصلاة والصوم ونحوهما . ووضع الضمان عن المعصوم جائز في الجملة كإتلاف العادل مال الباغى والحرى مال المسلم . والفضل<sup>(٣)</sup> على المتعدى غير مشروع أصلا ، قال الله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . ويلزم منه ، أى من إيجاب الفضل على المتعدى نسبة الجور ابتداء إلى صاحب الشرع .. لأن المال المتقوم لا يماثل المنفعة ، فلو وجب يكون التفاوت مضافا إلى الشارع ولذا لا يجوز . أما عدم الضمان فمضاف إلى عجزنا عن البرك ، أى إن قلنا بعدم الضمان فإتاما نقول به لعجزنا عن درك المثل ،

(١) المبسوط للسرسي : ٧٩/١١ .

(٢) السابق : ٧٩/١١ .

(٣) أى الزيادة عن المثل لإيجاب ضمان المنافع قبل الأعيان في مقابلتها .

فإن وقع جور يكون منسوباً إليها لا إلى الشارع<sup>(١)</sup> .

ويقوم هذا الدليل على نفى تقوم المنافع وماليتها وعدم إمكان المماثلة في ضمانها تبعاً لذلك ، إذ لو وجب الضمان لتعين بلل الأعيان المتقومة في المنافع غير المتقومة . ولا يخفى أن هذا الاستدلال لا يستند إلى قاعدة شرعية أو عرفية ، وسيأتى أن المماثلة قد تكون حقيقية برد المثل أو حكمية كرد القيمة عند تعلمر المثل .

١٨٨ - وأقوى أدلة الأحناف على مذهبهم قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »<sup>(٢)</sup> . ويفيد هذا الحديث بظاهره أن الضمان سبب مستقل لاستحقاق الخراج . وإذا كان الحديث قد ورد في واقعة معينة ، وهي واقعة الرد باليبس ، فإن لفظه عام يشمل الغاصب وغيره ، لأن العبارة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، كما هي القاعدة الأصولية<sup>(٣)</sup> . ولذا لا يضمن المشتري منافع المبيع المغيب إذا رده على البائع ، ولا الغاصب منافع المفسوب لأن العين كانت في ضمانهما وتملك عليهما لو هلكتا في يدهما وقضيته أن منافع المفسوب وغلبه للغاصب بحكم ضمانه . ويرد على هذا الاستدلال الوجوه التالية :

الأول : مخالفة عدد كبير من الأصوليين في إفادة العنوم للألفاظ التي تحتملها إذا وردت في سبب خاص . وعند هؤلاء أن اللفظ العام إذا ورد في سبب خاص حمل عليه واختص به . وينسب الزنجاني وغيره هذا الرأي للشافعي ، ومالك ، وأبي ثور ، والمزني ، والقفال الشاشي ، وأبي بكر الدقاق . وحججهم أن اللفظ ( نص في حق السبب إجماعاً حتى لا يجوز تخصيصه بدليل .

(١) التوضيح : ٦٢٢/٢ .

(٢) روى هذا الحديث عن عائشة باللفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان . وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو أن رجلاً أجاج غلاماً فاستلته ، ثم وجد به حياً فرده باليبس . فقال البائع : غلة عبدي ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الغلة بالضمان . وهذا الحديث أخرجه أحمد في مسنده : ٤٩/٦ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ ، والترمذي في كتاب البيع ، وأبو داود ، وابن ماجه في كتاب التجارات . وهو حديث صحيح ، انظر : نيل الأوطار : ٣٢٦/٥ ، والتلخيص الخبير في تفرع أحاديث الرافعي الكبير : ٢٢/٣ .

(٣) انظر هذه القاعدة في المصنف : ٢٢٩/١ ، وجمع الجوامع : ٣٨/٢ ، والتواحد والفوائد الأصولية لابن القيم ص ٢٤٠ .

وكون اللفظ نصاً في محل السبب دليل على أنه لم يتناول غيره ، إذ لو تناول غيره لتناوله على وجه الظهور حتى يجوز تخصيصه وإخراجه بالدليل المخصص . ولو تناول غيره على وجه الظهور وجب ألا يتناول محل السبب على وجه النص ، لأن اللفظ العام إذا كان مستغرقاً متناولاً مسميات لا يكون متناولاً للبعض على سبيل الظهور والبعض على وجه النص ، لأن نسبة اللفظ العام إلى جميع المسميات نسبة واحدة <sup>(١)</sup> . ويعنى ذلك في خصوص حديث الخراج بالضمان أن الحكم للمشتري بالغلة في مقابل الضمان هو متصوص الحديث فلا يتناول الحكم بالخراج للغاصب إلا على وجه الظهور ، وهو ما لا يصح ، لاقتضاء ذلك أن يدل اللفظ العام على بعض مسمياته بوجه النص والبعض الآخر بوجه الظهور ، وهو ما يخالف المبدأ القاضى بوجوب استواء نسبة أفراد العموم إلى لفظه ودلالته عليها .

والثاني : أن عموم لفظ الحديث مخصص بأدلة أخرى غير السبب الذى ورد فيه الحديث . من ذلك قوله عليه السلام : « ليس لعرق ظالم حق » <sup>(٢)</sup> ، فإن نفى أى حق للظالم يقتضى نفى حق الغاصب في منفعة المفسوب . ومما يخص عموم لفظ الحديث قواعد الشريعة القاضية برفع الضرر وتحديد أسباب الكسب الطيب ، مما لا يشمل التعدى على منافع الغير والاستبداد بها . وبذا يحمل عموم الخراج بالضمان على ما إذا نشأ هذا الضمان بسبب مشروع يقره الشارع ، وذلك كالمالك بالنسبة للمشتري قبل الرد بالعيب . أما إذا نشأ الضمان بسبب غير مشروع كالغصب فلا يقتضى استحقاق الخراج ، حتى لا يكون التعدى سبباً للكسب ، وحتى لا يقر الغاصب على غصبه ، ولأن المنافع تطراً على ملك المفسوب منه فيتعلم بها حقه ويحرم منها الغاصب لتعديده . وبهذا فإن مما يناسب مسلك الشريعة تخصيص الخراج بالضمان الناشئ عن سبب مشروع .

والثالث : أن حمل الحديث على العموم قد أوقع في التناقض مع قواعد الشريعة . يظهر ذلك فيما أفنى به الأحناف من أن الغاصب لو أجز المفسوب

(١) مخرج الفروع على الأصول : ٣٦٠ .

(٢) انظر طرق هذا الحديث ومخرجه في نيل الأوطار : ٦٦/٦ .

استحق الغلة أو الأجرة لنفسه ، ولا يستحقها رب المال . ومذهب أبى يوسف أنها تطيب للغاصب وتحل له شرعا ، بناء على أن العين كانت في ضمانه . ومذهب أبى حنيفة ومحمد أنها لا تطيب للغاصب ولا تحل له ، حتى لا يكون التعدى سببا للكسب . والتناقض في مذهب أبى حنيفة ومحمد أن المنافع إذا لم تطيب للغاصب .. شرعا وجب ردها إلى صاحبها . أما مذهب أبى يوسف فإنه يتناقض مع مسلك الشرع في نفى أن يكون التعدى سببا للكسب المشروع . ومن جهة أخرى فإن عموم الحديث لا يبرر مذهب الأحناف في جميع الأحوال ؛ فإن الغاصب إذا أجر الدار وقلنا إنه يستحق الأجرة لنفسه لزم من ذلك أنه استحق خراج ما لم يضمن ، لأن العقار غير مضمون على الغاصب في مذهب الأحناف حسبا تقدم . ولا يستقيم لذلك مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع ويؤدي إلى ضياع حقوق الناس .

١٨٩ - وقد استنبط الأحناف من حديث الخراج بالضمان قاعدة تؤيد مذهبهم في عدم ضمان المنافع ، هي قاعدة : الأجر والضمان لا يجتمعان . ويتفرع على هذه القاعدة الحكم بعدم ضمان المستأجر الأجرة في المنفعة الزائدة عن المشروط ، كما لو استأجر دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلك الدابة ، فإنه يلزمه الضمان ولا أجر عليه<sup>(١)</sup> ، وكلنا لو عين المؤجر له طريقا فذهب إلى المحل المشروط من طريق آخر<sup>(٢)</sup> ، وكلنا لو اتفقا على وقت فزاد المستأجر فيه<sup>(٣)</sup> ، أو استأجرها للركوب فاستأجرها للحمل<sup>(٤)</sup> ، أو إذا شرط على المستأجر الركوب بنفسه فأركبها غيره<sup>(٥)</sup> ، وكلنا لو ضربها بدون إذن صاحبها سواء كان ذلك على الوجه المتعارف أم لا<sup>(٦)</sup> في مذهب أبى حنيفة ،

(١) مادة : ٤٦ • من العلوية .

(٢) السابق : مادة ٤٧ • .

(٣) السابق : مادة ٤٨ • .

(٤) السابق : مادة ٤٨ • .

(٥) السابق : مادة ٥٠ • .

(٦) السابق : مادة ٥٦ • .

وهو الذى عليه الفتوى<sup>(١)</sup> فى المذهب . لكن لو أذن له فى ضربها فإنه يتقيد .  
بالبضرب المعتاد وإلا ضمن<sup>(٢)</sup> .. ولا يضمن المتعدى فى جميع هذه الأمثلة أجره  
الدابة ، لدخولها فى ضمانه ، وحتى لا يجتمع عليه الأجر والضمان .

ويختص عدم اجتماع الأجر والضمان باتحاد السبب والمحل . وأما إذا اختلفا  
فلا يمتنع اجتماع الأجر والضمان ، وذلك كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه  
إلى محل معين فأردف معه غيره ممن يستمسك بنفسه ، وبعد وصوله إلى ذلك المحل  
هلكت الدابة ، فإنه يضمن الأجرة مع نصف القيمة ، لتلف الدابة بفعل مأذون  
فيه وآخر غير مأذون فيه فلا يضمن إلا نصف القيمة مقابل تعديه بإركاب غيره .  
وإنما وجبت عليه الأجرة لأنه استوفى المنفعة المعقود عليها ، فكان الأجر لسبب  
والضمان لسبب آخر<sup>(٣)</sup> .

ويرد على هذه القاعدة ما ورد على قاعدة الخراج بالضمان ، لاستنادها  
إليها ، فضلا عن أنه لا تنافي بين إيجاب الضمان ووجوب الأجرة لاستقلال السبب  
الموجب لكل منهما .

#### استثناءات متأخرى الأحناف:

١٩٠ - أفنى متأخرو الأحناف باستحسان ضمان المنافع فى ثلاث  
صور : وفى ذلك يقول ابن عابدين : منافع الغصب استوفاهما ( أى الغاصب )  
أو عطلها .. لا تضمن عندنا إلا فى ثلاث ، فيجب أجر المثل على اختيار  
المتأخرين :

- ١ - ( أن يكون الموصوب وقفا للسكنى أو للاستغلال ) .
- ٢ - ( أو مال يتيم ) .
- ٣ - ( أو مبعداً للاستغلال ، بأن بناء « أى الموصوب منه » لذلك ،  
أو اشتراه لذلك . قيل أو أجره ثلاث سنين على الولاء )<sup>(٥)</sup> .

(١) شرح المجلة لسليم رسم بل ص ٣٠٠ .

(٢) المدة : ٥٥٧ من المجلة المدلىة .

(٣) شرح المجلة لسليم رسم بل ص ٥٨ .

(٥) حاشية ابن عابدين ١٣١/٥ ، ١٤٥ .

ويلتحق بذلك تضمين منفعة اليتيم نفسه ؛ فلو أن ( يتيما لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه في أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجازة له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوى أجر المثل )<sup>(١)</sup> .

وعلى الرغم من أن مجلة الأحكام العدلية قد اتبعت مذهب الأحناف في عدم ضمان المنافع فقد تضمنت هذه الاستثناءات التي أفتى بها المتأخرون<sup>(٢)</sup> ، بناء على ما لاحظوه من طمع الناس في مال الوقف واليتيم وحمل المسلك المنتفع بالمعد للاستغلال على رضائه بدفع أجر المثل ، وللحاجة إلى حماية هذه المشروعات الصغيرة من جشع بعض المترددين عليها . ومع ذلك فإن هذه الاستثناءات تضعف حجج الأحناف على أصل مذهبهم ، كما أنها تقرب بين هذا المذهب وبين مذهب الجمهور في ضمان المنافع .

١٩١ - ويشترط لضمان منفعة المعد للاستغلال في المذهب الحنفى ألا يجري الانتفاع به بتأويل ملك ، خلافا لمنفعة الوقف واليتيم فإنها مضمونة بكل حال . وقد جاء في المادة ٥٩٦ من المجلة النص على ذلك ، ولفظها : ( لو استعمل واحد مالا بدون إذن صاحبه كان غاصبا فلا يلزمه ضمان منافع . ولكن إذا كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحيث لا يلزمه ضمان المنفعة ، أى أجر المثل ، بكل حال . وإن كان معدا للاستعمال فإنما يلزمه ضمان المنفعة ، أى أجر المثل ، إذا لم يكن استعماله بتأويل ملك أو عقد .

( مثلا لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجازة لا تلزمه الأجرة ) . .

( لكن إن كانت الدار وقفا أو مال صغير فعلى كل حال ، يعنى إن كان ثمة تأويل ملك أو عقد أو لم يكن ، يلزم أجر مثل المدة التي سكنها . ( وكذلك إذا كانت دار كراء ولم يكن ثمة تأويل ملك أو عقد يلزم أجر المثل . وكلما لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل ) .

(١) السابق .

(٢) مادة : ٥٩٦ من المجلة العدلية .

وتنص المادة ٥٩٧ من المجلة العدلية على دفع ضمان منفعة المعد للاستغلال إذا جرى استعماله بتأويل ملك . ولذلك لو ( تصرف أحد الشركاء في المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أخذ أجره حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه )<sup>(١)</sup> . وكذلك تنص المادة ٥٩٨ من المجلة على نفى ضمان منفعة المعد للاستغلال إذا جرى الانتفاع به بتأويل عقد . فعلى سبيل المثال ( لو باع واحد من آخر حائوتا بملكه بالاشتراك مع غيره ، وذلك بدون إذن شريكه ، وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز البيع الشريك الآخر ، واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان الحائوت معدا للاستغلال ، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد ، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع ، فلا يلزمه - من ثم - ضمان المنفعة )<sup>(٢)</sup> :

وتباعد هذه الشروط الواردة على تضمين منفعة المعد للاستغلال بين مذهب الجمهور في ضمان المنافع وبين ما أخذته المجلة العدلية في هذه المسألة ، كما تدل على رغبة القائمين على المجلة في الالتزام بأصل المذهب الحنفى .

#### مذهب المالكية :

١٩٢ - يفرق المالكية في ضمان المنفعة بين الفصب والتعدى . والفصب عندهم هو القصد إلى الاستيلاء على العين ، أما التعدى فهو التصرف في الشيء تصرفا يؤدي إلى إتلافه ، كحرقه ، أو إتلاف بعضه ، أو إتلاف منفعته ، سواء باستيفائها أو بتعطيلها<sup>(٣)</sup> . وإنما يختلف التعدى عن الفصب - في اشتراط السببية بين فعل التعدى والضرر ، فلا يكون مسئولا لهذا عما يحدث بأقاة سماوية فيما نص عليه الخرشى<sup>(٤)</sup> . أما الغاصب فإنه مسئول مسئولة مطلقة عما يلحق بالمغصوب من ضرر ، سواء نشأ ذلك بفعله أو بأقاة سماوية .

(١) الملدة المذكورة : ٥٩٧ من العدلية .

(٢) مادة : ٥٩٨ من العدلية .

(٣) انظر الفرق بين التعدى والغصب وتبينهما في الخرشى : ١٤٨/٦ ، وتبين الشريعة حل مذهب مالك ٢١٧/٢ .

(٤) الخرشى : ١٤٨/٦ .

١٩٣ - وإجمال مذهب المالكية في ضمان المنافع فيما يلي :

(أ) اعتبر المالكية المنافع مما يلحقه الغصب أو الإلتاف وأنها أموال متقومة ، خلافا للأحناف .

(ب) إذا قصد الغاصب الاستيلاء على العين فإنه يضمنها ولا يضمن المنافع إلا بالتفويت دون الفوات . وبهذا يضمن الغاصب للعين كلا من العين نفسها ونقصانها ومنعتها إذا انتفع بها ، لتعدد المضمون فيتعدد الواجب . ولا يتداخل عندهم ضمان المنفعة في ضمان العين ، كما هو مقتضى القاعدة الحنفية : لأجر والضمان لا يجتمعان .

(ج) أما إذا قصد المتعدى الاستيلاء على المنفعة فإنه يضمنها مطلقا ، سواء فوّتها وانتفع بها ، أو فاتت منه وعطلها ، فلو استولى على أرض بقصد زراعتها دون أن يقصد تملكها فإنه يضمن منفعتها . ولو كانت سيارة فثلثت العين بأفة سماوية ضمن المنفعة ، ( لأنها هي التي تعدى عليها )<sup>(١)</sup> ، ولم يضمن العين ، لأنه في التعدى لا يسأل إلا عن الضرر الذي تسبب فيه . ولا يشترط التفويت للمتفعة في الضمان بالتعدى ، خلافا للغصب ؛ ففي حاشية الدسوقي : ( إذا غصب أرضا وبورها ، فإن قصد غصب الذات فلا كراء عليه ، وإن قصد غصب المنفعة لزمه كراء مثلها )<sup>(٢)</sup> . وكذا لو تصرف غاصب الذات ببيعها واختار المالك تضمين الغاصب فليس له إلا قيمة الذات . لأن الغاصب لم يستوف المنفعة<sup>(٣)</sup> .

(د) منفعة بلد الحر مضمونة عند المالكية بالتفويت دون الفوات ؛ ففي حاشية الدسوقي أن منفعة الحر مضمونة بالاستيفاء والاستخدام كأن يؤجره أو يجره على العمل . أما لو حبس الحر حتى فاتته عمل من تجارة ونحوها فإن منفعته هذه لا تضمن<sup>(٤)</sup> . ولا يطرد هذا مع ما ذهبوا إليه في إيجاب ضمان المنافع إذا قصد المتعدى الاستيلاء عليها ، وتضمينهم للمتعدى في أحوال الاستيفاء والتعطيل . ولا يطرد مذهبهم إلا بإيجاب ضمان المنافع في كل حال .

(١) حاشية الدسوقي : ٤٥٢/٣ .

(٢) السابق : ٤٤٩/٣ .

(٣) السابق : ٤٥٤/٣ .

## مذهب الشافعية :

١٩٤ - يفرق الشافعية بين المنافع المتقومة التي أباح الشارع الانتفاع بها وبين المنافع غير المتقومة التي لم يحز الشارع الانتفاع بها ، ويوجبون ضمان المنافع المتقومة وحدها . وفي ذلك يقول المز بن عبد السلام : ( وأما المنافع فضربان : أحدهما منفعة محرمة كمنافع الملاهي .. فلا جبر لهذه المنافع احتقارا لها ، كما لا تجبر الأعيان النجسة لحقارتها . فإن استوفى شيئا منها بغير مطوعة من ذي المنفعة فلا يجبر شيء منها إلا مهر المثنى بها كرها أو شبهة . ولا يجبر مثل ذلك في اللواط ، لأنه لم يتقوم قط فأشبه القبل والعناق . الضرب الثاني أن تكون المنفعة مباحة متقومة فتجبر في العقود الفاسدة والصحيحة والفوات تحت الأيدي المبطلة والتفويت بالانتفاع ، لأن الشارع قد قومها ونزها منزلة الأموال . فلا فرق بين جبرها بالعقود وجبرها بالتفويت والإتلاف ، لأن المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال ، فمن غصب قرية أو دارا قيمتها في كل سنة ألف درهم وبقيت في يده سبعين سنة ينتفع بها منافع تساوي أضعاف قيمتها . ولو لم تلزمه قيمتها لكان ذلك بعيدا عن العدل والإنصاف الذي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه ) (١).

١٩٥ - ويستدل الشافعية على مذهبهم في ضمان المنافع بالأدلة التالية :

( أ ) المنافع من الأموال ، بكونها ( الغرض الأظهر من جميع الأموال ) في تعبير المز ، بل هي أحق بوصف المالية من الأعيان بتعبير الزنجاني الذي يذكر أن الأعيان ( لا تسمى مالا ، إلا لاشتغالها على المنافع ولذلك لا يصح بيعها بكونها ) (٢).

وينطلق الشافعية في تسويتهم بين المنافع والأعيان في المالية من تحليلهم لطبيعة المنافع ، فهم يرون أن حقيقتها هي ( تمييز الأعيان واستعدادها وشكلها لحصول الأغراض منها ) (٣) . ولذا تجب الأجرة عندهم بمجرد العقد ، بناء على

(١) قواعد الأحكام للمز بن عبد السلام : ١٨٣/١ .

(٢) السابق .

(٣) مخرج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢٢٥ .

تهيؤ العين لحصول المقصود منها<sup>(١)</sup> ، خلافاً للأحناف الذين لا يرون وجوب الأجرة بعقد الإجارة ، بل بتعجيل الأجرة أو اشتراط ذلك التعجيل أو استيفاء المعقود عليه ، على أساس أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً ، حسب حدوث المنافع المدومة وتواليها في الزمان بفعل المنتفع في العين<sup>(٢)</sup> . ويعنى تهيؤ الأعيان لحصول المنافع استعدادها لتولد المنافع عنها ، ولذا يمكن مقابلتها بالأجرة دفعة واحدة في عقد الإجارة أو ببدلها في الإلتاف ، سواء إستفاد بها المتعدى أم عطلها ولم يستفد بها . وبهذا التحليل فإن المعقود عليه في الدار هو تهيؤها للانتفاع بالسكنى والكتاب بالقرأة والدابة بالركوب والحمل . وهذه الاستعدادات للانتفاع هي المضمومة بالإلتاف كذلك .

ويرد الشافعية إنكار الأحناف مالية المنافع بناء على كونها مجرد أفعالا يحدثها الشخص المنتفع في أعيان الأموال بأن الأحكام الشرعية مبنية على الاعتقادات العرفية لا على الحقائق العقلية . ولذا حكم الشرع بماليتها وأجاز المعاوضة عليها في عقد الإجارة<sup>(٣)</sup> . وقاس الشافعية على ذلك جواز أن تكون المنفعة صداقا ، خلافاً للأحناف في ذلك .

(ب) عدم تضمين المنافع يورث الوقوع في الظلم وانتشار الضرر ، وهو خلاف مقصود الشارع من شرع الضمان ، فمن يسكن داراً بدون إذن صاحبها مدة طويلة فإنه يحرم صاحبها من الانتفاع بها ، ويتسبب في تفريره أموالاً طائلة باضطراره إلى استئجار دار أخرى ، فلو لم يجب الضمان على المتعدى لكان ذلك إقراراً له على الظلم ومخالفة لمقتضيات ( العدل والإنصاف ) التي لم ترد شريعة بمثله ولا بما يقاربه ) ، يصير العزيز عهده السلام .

١٩٦ - وتفرعاً على ذلك يذهب الشافعية إلى ضمان المنافع المتقومة للأموال مطلقاً ، سواء باستخدامها أم بتعطيلها . جاء في معنى المحتاج : ( وتضمن بأجرة المثل منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل ماله منفعة يستأجر عليها كالكتاب

(١) معنى المحتاج : ٣٢٤/٣ .

(٢) المدنية : ٣٢٢/٣ ، والمبسوط : ١١١/١٥ .

(٣) فتح الباري للرحمان : ٢٢٦ .

والدابة .. بالتفويت كأن يطالع الكتاب ويركب الدابة والقوات في يد عادية بأن لم يفعل ذلك ولا غيره كأغلاق الدار ، لأن المنافع متقومة فكانت مضمونة بالقصب كالأعيان . فإن تفاوت الأجر في المدة ضمن كل مدة بما يقابلها ، أو كان المقصود صنائع وجب أجره أعلاها إن لم يمكن جمعها وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن<sup>(١)</sup> . ولا يشترط في المنافع المضمونة إلا أن تكون متقومة ومعتبرة شرعا . أما إذا كان المقصود مما لا يجوز استجاره نحو كلب فلا أجر له<sup>(٢)</sup> .

ولا يشترط في المنافع المضمونة وقوع المعاوضة عليها بالفعل ، ويكفى عدم إهدار الشارع لها . ولذا يوجب الشافعية الضمان على من أغلق مسجدا لحفظ مناعه فيه ، ونحى أجره المسجد جميعه مع أنه لا يؤجر ، وينفق الواجب من ذلك في مصالح المسجد . أما إن وضع مناعه فيه ولم يملكه فإنه يضمن أجره مثل هذا الموضوع إذا لم يكن المتاع ذا مصلحة للمسجد ولا يعتاد الناس وضعه فيه .

١٩٧ - يقتضى أصل الشافعية في ضمان المنفعة المعتبرة شرعا القول بضمان منفعة الحر . وهو ما رجحه بعض الشافعية . غير أن الراجح في المذهب التفريق في منافع الحر بين تفويتها وفواتها ، وقصر وجوب الضمان فيها على التفويت وحده . ففى معنى المحتاج أنه ( لا تضمن منفعة بدن الحر إلا بالتفويت فى الأصح . فإن حبسه ولم يستوف منفعته لم يستحق شيئا وإن كان صغيرا ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ، فمنافقته تقوت تحت يده ) . والرأى المرجوح فى المذهب ( أن منفعة الحر تضمن بالقوات أيضا ، لأن منافعه تقوم فى الإجارة الفاسدة ، فأشبهت منافع الأموال )<sup>(٣)</sup> .

(١) معنى المحتاج : ٢٨٦/٢ ، وانظر ذلك فى المذهب : ٣٦٧/١ ، ونهاية المحتاج : ١٦٨/٥ ، والشراوى وابن قاسم : ٢٩/٦ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٦٨/٥ .

(٣) السابق : ١٦٩/٥ .

(٤) معنى المحتاج : ٢٨٦/٢ .

والتعليل للرأى الزاجح في المذهب ، وهو عدم ضمان منافع الحر إذا عطلت ، بأن منافع تفوت تحت يده تعليل يفتقر إلى الوضوح ولا يسلم إلى نتيجته ؛ فغايتة أن منافع الحر المعطلة لم تفت تحت يد المتعدي ، بل فاتت في يد الحر نفسه لكونه ليس محلا للغصب . وهذا النظر قد يصح من الوجهة العقلية ، ولكنه لا يصح من الوجهة العرفية ، لأنه لا فرق في العرف بين من يتسبب في تفويت منفعة الدار بغصبها وإغلاقها وبين من يحبس شخصا ويمنعه عن الحركة والعمل ، ويجممهما تضييع المنافع في الحالين . وهذا هو الذي التفت إليه بعض الشافعية حين أوجبوا ضمان منفعة الحر بالتفويت والقوات أسوة بمنافع الأموال .

١٩٨ - وتضمن منفعة الأثمان كالدراهم والدنانير على رأى في المذهب الشافعي ؛ ففى المذهب أنه لو غصب دراهم واشترى بها سلعة ونقد الدراهم في ثمنها وربح ففى الربح قولان : قال في القديم هو للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه ، فصار كالثمرة والولد . فعل هذا يضمنه الغاصب لو تلف في يده كالثمرة والولد . وقال في الجديد هو للغاصب ، لأنه بدل ماله فكان له<sup>(١)</sup> . ويبدو أن الرملي يرجح القول الجديد ويذكر أن الربح للغاصب ، وذلك في نفيه على أن الواجب على الغاصب هو رد مثل الدراهم المفصولة إن تعذر ردعينا .

١٩٣ - ولا يتداخل الواجب في التعدي على الأعيان مع الواجب بالتعدي على المنافع . فلو غصب دابة فتعيبت عنده وجب أرش العيب مع ضمان منفعتها كذلك ، لتنوع السبب فيتنوع الواجب<sup>(٢)</sup> . وكلنا لو غصب سيارة فأتلف شيئا فيها وجبت أجرتها مدة بقائها في يده مع غرامة التالف . جاء في شرح المنهج : ( ويضمن في غصب منفعة ما يؤجر كدار ودابة بتفويتها وفواتها ، كأن يسكن الدار أو يركب الدابة ، أو لم يفعل ذلك ، لأن المنافع متقومة بالأعيان ، سواء كان مع ذلك أرش نقص أم لا . ويضمن بأجرة مثله سليما قبل النقص ومعيبا بعده )<sup>(٣)</sup> . ولو قيل بأن التعدي يرد أجرة مثله سليما حتى رد أرش النقص لكان أوفق ، بناء على أن النقص حدث بشغله فيجب عليه ضمان ما تسبب فيه ، فإن الضرر لا ينقطع إلا بأداء مقابله .

(٣) السابق : ١٧٠/٥ ، ١٧٢ .

(٤) حاشية الجمل : ٤٨٢/٣ .

(١) المذهب للرملي : ٣٧٠/٢ .

(٢) نهاية النجاش : ١٨٢/٥ .

## مذهب الحنابلة :

١٩٤ - يوجب الحنابلة ضمان المنافع المتقومة التي يتمثلها الناس في العادة ويبدلون الأموال في الحصول عليها ، سواء بتفويتها أو فواتها . أما المنافع غير المتقومة كمنافع الغنم والشجر فلا تضمن بالرغم من صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب ، وذلك لأنها غير متقومة في العرف<sup>(١)</sup> ، بحكم أن تمولها نادر ، والنادر لا حكم له . وقد نصت المادة ١٣٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك بلفظ : ( منافع المنصوب مضمونة سواء استوفاها الغاصب أو غيره أو ضاعت ، فيضمن الغاصب أجره المنصوب الذي جرت العادة بتأجيله إلى حين رده أو تلفه أو إلى حين أداء القيمة فيما عجز عن رده ) . ولا يفرق الحنابلة في وجوب ضمان منافع الأموال بين تفويت هذه المنافع وبين تلفها ، ( لأن كل ماضٍ بالإتلاف جاز أن يضمه بمجرد التلف في يده كالأعيان . وحديث الخراج بالضمان وارد في البيع فلا يرد عليه الغاصب والقابض بعقد فاسد أو سوم<sup>(٢)</sup> ) . وفي هذا يتفق الحنابلة مع الشافعية .

٢٠٠ - أما منافع الحر فتضمن عند الحنابلة باستيفائها وتعطلها . وفي ذلك تنص المادة ١٣٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على أن منافع الحر ( متقومة ، فلو استوفاه أو عطلها بحبسها ضمنها ) . يوضحه ما جاء في منتهى الإرادات أن من ( استعمل الحر كرهاً في خدمة أو خياطة أو غيرهما فعليه أجرته لاستيفاء منافعه المتقومة . وإذا حبسه مدة لها أجره فعليه أجرته مدة حبسه ، لأنه فوت منفعة زمن الحبس ، وهي مال يجوز أخذ العوض عنه كنفاع العبد<sup>(٣)</sup> ) . أما لو عطل الحر عن العمل ومنعه منه دون حبس فقد ذكر البهوتي أنه لا ضمان لمنفعتها . وفي ذلك يقول . ( لو منع إنسان آخر العمل من غير حبس فلا ضمان عليه في منافعه ، ولو كان المنوع عبداً ، لأن منافعه فانت تحت يده

(١) كشف القناع : ١١١/٣ .

(٢) كشف القناع : ١١١/٣ .

(٣) منتهى الإرادات للبهوتي : ٤٠١/٢ .

فلا يضمنها الغير<sup>(١)</sup> . ويورد صاحب المبدع وجهين في المذهب في ضمان الحر ، سواء بحسبه أو منعه عن العمل<sup>(٢)</sup> ، مما يدل على وجود اتجاه في المذهب الحنبلي إلى القول بضمان منافع الحر مطلقا . أما الاتجاه الذي يوجب الضمان بتفويت منافع الحر بالحبس دون المنع عن العمل فلا يبرره إلا أن المنافع تفوت تحت يد الحر فيما استدلل به أصحاب هذا الاتجاه على مذهبهم . والتحقق أن هذا التعليل غامض وأن ما يضمن بالإتلاف يجب أن يضمن بالتلف ، وأنه لا فرق بين المنع من العمل وبين الحبس في تضييع المنافع وإهدارها وتضرر صاحب المنفعة ، ويجب القول بالضمان في الحالين لذلك .

٢٠١ - ولا يتداخل في المذهب الحنبلي ضمان المنفعة مع ضمان الأعيان ؛ فلو غصب دابة وبقيت عنده مدة ، ثم تلفت وتحت عليه أجرتها إلى حين التلف ، كما تجب عليه قيمتها أيضا . لأن كل واحد من هذين الضمانين قد نشأ بسبب مستقل ، فالأجرة إنما وجبت بتلف المنافع في اليد العادية ، كما وجبت قيمة الدابة بتلفها في هذه اليد . ولو قيل بوجود الأجرة إلى حين رد قيمة الدابة لكان أقيس ، حيث يستمر تضرر مالك الدابة بغوات منفعتها إلى حين تمكنه من الانتفاع بيدها . وهذا هو ما نص عليه الحنابلة في مسألة تعذر رد المغصوب فترة وإمكان رده بعد ذلك ، كما إذا غصب دابة فشردت ، ورد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة ، معملين إسقاط الأجرة عن الغاصب في الزمن التالي لرده القيمة بأن المالك يقبض قيمة هذه الدابة قد استحق الانتفاع بيدها فلا يستحق الانتفاع بالمغصوب ويبدله الذي قام مقامه في الوقت نفسه<sup>(٣)</sup> .

٢٠٢ - أما أرباح المغصوب من الأثمان كالدينارين والدرهم فإنها للمالك في الراجح في المذهب الحنبلي . وقد نصت على ذلك المادة ١٣٩٦ من مجلة الأحكام الشرعية ، حيث جاء فيها : ( ربح التجارة في المغصوب من ثمنائه ؛ فلو انجر

(١) كشف القناع : ٧٨/٣ ، ١١٢ ، وانظر : زاد المستنقع لعرف الدين موسى بن أحمد القدسي ص ٨٧ .

(٢) المبدع : ١٥٢/٥ .

(٣) كشف القناع : ١١٢/٣ .

الغاصب بعين المصوب أو عين ثمنه أو اشترى بثمن في الذمة بنية نقده منه ، فنقده منه فالربح وما اشتره للمالك ، ولا شيء للغاصب . وفي المبدع أنه إن انجر الغاصب بالدراهم أو الدنانير فالربح للمالكها . وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك . وفي رواية عن أحمد أن الربح للغاصب إذا اشترى في الذمة<sup>(١)</sup> . ويشير ابن تيمية إلى هذا الخلاف بقوله : ( من كان معه دراهم حراما قد أعطاهما لإياه واحد ، وبدلها من دراهم والده بدراهم حلال فحكم البديل حكم المبدل منه . فإذا تمت بفعله وربحت أو كسبت ففيه نزاع ، أعدل الأقوال التقسيم بين منفعة المال ومنفعة العامل ، بمنزلة المضاربة ، كما فعل عمر رضي الله عنه في المال الذي انجر فيه أولاده من بيت المال )<sup>(٢)</sup> .

وبهذا فإن منفعة الأثمان مضمونه بالاستخدام والاستفادة ، والخلاف هو في كيفية الضمان . أما إذا لم تستخدم الأثمان المفضوبة فلا ضمان في الراجع في المذهب الحنبلي . وقد نصت المادة ١٣٩٧ من مجلة الأحكام الشرعية على ذلك ، حيث جاء فيها : ( لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من ربح بمجسه مال التجارة ) . ويرد على هذا الرأي : ١ - أنه لا فرق بين التفويت والفوات في إنشاء الضرر وفي وجوب الضمان تبعاً لذلك . ٢ - يتضمن هذا التفريق إلقاء عبء إثبات الغصب في الأثمان والتجار الغاصب بها وتحقق الفائدة أو الربح على المالك لإيجاب الضمان ، وهو ما من شأنه أن يؤدي في الواقع إلى تهريب الغاصب من المسؤولية . ٣ - التفريق بين التفويت والفوات في ضمان منفعة الأثمان نوع استثناء من ضمان المنافع دون دليل شرعي يوجبه .

٢٠٣ - وأعتقد لهذا أن الرأي الذي عبر عنه المالكية في ضمان منفعة الأثمان إذا كانت معدة للتجارة أولى بالقبول من غيره ، لكونه أنفى للضرر الذي شرع الضمان لجبره وأعون على اطراد قاعدة ضمان منافع الأموال . ويعبر الحرشي عن هذا الرأي بقوله : ( من غصب دراهم أو دنانير لشخص فحسبها عنده مدة فإنه يضمن الربح لو انجر ربها بها )<sup>(٣)</sup> . ومعناه أن من يغصب نقوداً

(١) المبدع : ١٨٧/٥ .

(٢) الحرشي : ١٤٣/٦ .

(٣) مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية : ٣٦٠ .

فإنه يضمن الخسارة الناشئة لصاحبها من تعطيلها إذا كانت معدة للتجارة . أما إذا لم تكن معدة لذلك فإن الغاصب لا يضمن شيئا لعدم تحقق الضرر للمالك . ولا يذكر الحرشي سوى هذا الرأي ، غير أن العلوي يذكر الخلاف في مسألة غصب الأثمان والاعتيار فيها ، وينقل ثلاثة أقوال :

أولها : أن الربح للغاصب وليس للمغصوب منه إلا رأس ماله .  
والثاني : أن الربح للغاصب إن انجر فيها وهو موسر ، ترجيحاً لظن أنه انجر بماله هو ، وإن كان معسراً فالربح للمغصوب منه ، لأن الغالب على الظن أنه نشأ من الاعتيار في المال المغصوب .

والثالث : أن للمغصوب منه قدر ما كان يربح في الدراهم والدنانير لو كانت في يده ، تقديرها للضرر بما فاتته من كسب نتيجة ظلم المعتدى وغصبه<sup>(١)</sup> . وهذا هو الذي اكتفى الحرشي بنقله ، وهو أوفق في الاعتبار .

### مذهب الإمامية :

١٩٩ - يتفق الإمامية مع الشافعية في ضمان الأموال مطلقاً بالتفويت والقوات ، فعندهم أنه ( يجب على الغاصب مع رد العين بدل ما كان لها من المنفعة في تلك المدة أن كانت لها منفعة ، سواء استوفاهما كالنار سكنها والدابة ركبها ، أم لا وجعلها معطلة )<sup>(٢)</sup> . وهم يوافقون الشافعية كذلك في كيفية تقدير المنفعة المضمونة بما يقابل أجره هذه المنفعة إن انفردت ، وبوجوب أجره أعلاها إن تعددت ولم يمكن جمعها ، وبوجوب أجره الجميع إن تعددت وأمكن جمعها . وقولهم في ذلك أن ( المضمون في غصب كل عين هو المنفعة المتعارفة بالنسبة إليها . ولو فرض تعدد المتعارف منها على نحو التبادل كبعض الدواب التي تعارف استعمالها في الحمل والركوب معا ، فإن لم تتفاوت أجره تلك المنافع ضمن تلك الأجرة ، وإن كانت أجره بعضها أعلى ضمن الأعلى ، فلو فرض أن أجره الحمل في كل يوم درهمان وأجره الركوب درهم كان عليه درهمان )<sup>(٣)</sup> . وأصل ذلك

(١) حاشية العلوي يبيّن الحرشي : ١٤٣/٦ .

(٢) تحرير الوسيلة للخميني : ١٧٨/٢ .

(٣) السابق .

عندهم أن الغصب والإتلاف يتصور ورودها على المنافع ، لصدق ذلك في العرف<sup>(١)</sup> . ولا يتداخل عندهم كذلك ضمان المنافع مع ضمان الأعيان ، لتنوع الموجب فيتووع الواجب . وفي ذلك يقول الحلبي : ( لو غصب ماله أجرة وبقي في يده حتى نقص كالثوب يخلق والدابة تهزل لزمه الأجرة والأرض ولم يتداخل ، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أم لم يكن )<sup>(٢)</sup> .

ويتفق الإمامية مع الشافعية كذلك في تضمين منفعة الحر بالاستخدام والتفويت لا بالتعطيل والقوات ، بناء على أنها تفوت تحت يد الحر إذا عطلت . ويعبر الحلبي عن ذلك بأنه : ( لو استأجر الحر لزمه الأجرة . ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به ، لأن منافعه في قبضته ، ولو استأجره في عمل فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد . والأقرب أن الأجرة لا تستقر لمثل ما قلناه . ولا كذلك لو استأجر دابة فحبسها بقدر الانتفاع )<sup>(٣)</sup> . ويرد على مذهب الإمامية في التفريق بين التفويت والقوات في ضمان منافع الحر ما ورد على مذهب الشافعية في ذلك

### تطبيقات حديثة .

٢٠٥ - يترجح القول بإطلاق ضمان المنافع إذا كانت متقومة ومعتبرة شرعاً ، استناداً إلى الأصول الشرعية العامة القاضية برفع الضرر ونفي الظلم والتعدي واستناداً إلى مجموع أقوال الفقهاء في عموم تفسيراتها لهذه الأصول الشرعية . وبهذا تطرد قاعدة ضمان المنافع مطلقاً ، سواء كانت منفعة أعيان مالية أو أثمان أو منفعة إنسان . ويؤدي ذلك إلى إيجاب الضمان في الصور التالية :

( أ ) إذا أخطأ موظف المصرف الإسلامي في رصد ودعة استثمارية لحساب المودع وأضافها لحساب غيره فإنه يضمن ما فلت على المودع من ربح بهذا الخطأ . وهو قياس مذهب المالكية فيما نقله الخرشي . ولا يضمن هذا الموظف إذا أخطأ في ودعة جارية ، لأن صاحب هذه الودعة لم يقصد الاتجار بها

(١) بلفظ الفقيه للسيد محمد بحر العلوم : ٣١٤/٣ .

(٢) شرائع الإسلام : ٢٣٤/٣ .

(٣) السابق : ٢٣٦/٣ ، ولفظ الفقيه للسيد محمد بحر العلوم : ٣١٥/٣ ، وتحرير الوسيلة للقمي :

أو المضاربة ، ولم يتضرر بهذا الخطأ فلا يجب الضمان . لكن إذا أدى هذا الخطأ إلى ضياع الوديعة فإن الموظف يضمن ما يقابلها . ويتقيد الضمان في كل الأحوال بالضرر الواقع بالفعل .

(ب) التأخير في الوفاء بالدين والالتزام موجب لضمان ما ينشأ عن هذا التأخير من ضرر ، إلا إذا كان هذا التأخير ناشئاً من ظرف قاهر فيجوز للقاضي عندئذ توزيع الضرر على أطراف التعاقد ، طبقاً لما أوردته فتوى المجلس الفقهي المشار إليها فيما سبق . والقاعدة أنه لا ضمان فيما لا يمكن التحرز عنه :

(ج) حقوق الابتكار وبراءات الاختراع والملكية الأدبية أو الفنية مصنوعة لا يجوز الاعتداء عليها ، لأنها من المنافع المعتبرة أموالاً عند جمهور الفقهاء . ولا يجوز لذلك التعدي على حقوق التأليف والنشر والشعارات التجارية والتصميمات دون إذن من أصحابها ومالكها . ويضمن المتعدي الضرر الناشئ عن فعله ، لأنه قد أصبح لهذه الأشياء قيمة مالية في أعرف الناس وتعاملاتهم ، ( وأصبح حق المؤلف على إنتاجه منصبا على مال فعلاً ، ويمكن ضبط المنفعة بعدد النسخ المطبوعة )<sup>(١)</sup> . ولا يتجه القول بعدم ضمان هذه الحقوق باعتبارها من منافع الإنسان العقلية لا البدنية ، من جهة أنه لا فرق بين هذين النوعين من المنافع . ويجب أن يقدر الضمان في التعدي على هذه الحقوق بالضرر الفعلي الذي أصاب صاحبها .

---

(١) انظر في ذلك : مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة ، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد ٤٧ وما بعدها . وانظر البحث المطول الذي نشره الدكتور وهبة الزحيلي : التعويض عن الضرر ص ١٤٠٠ هـ ، وذلك بعنوان حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقترون ، جامعة دمشق ١٤٠٠ هـ ، وذلك بعنوان حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقترون من ص ٢٢١ ، ٢٢٦ .

## المطلب الرابع : الأضرار المالية الأخرى

### زوائد الأموال :

٢٠٦ - زوائد الأموال : يفرق الفقهاء بين نوعين من زوائد المغصوب الناشئة بغير فعل الغاصب . أولهما : الزيادة المتصلة كالسمن والجمال . والثاني : الزيادة المنفصلة كالولد والثمره واللين وغير ذلك من الأشياء التي تستقل بذاتها عن أصل المال . وهذه الزوائد بنوعها تحدث في ملك صاحب المال ، لكون الأصل مملوكا له ، فيضمنها المعتدى بلا خلاف بين الفقهاء . غير أنهم اختلفوا في تحقيق العنوان عليها بالعنوان على أصلها أو أنه لا يتحقق إلا بعد وإن مستأنف عليها في ذاتها . ذلك أن الأحناف الذين اشترطوا في الغصب إزالة يد المالك عن ملكه بعد ثبوته عليه رأوا أن الزيادة متصلة أو منفصلة غير مضمونة بمجرد غصب الأصل ، لأنها نشأت في يد الغاصب ولم تتحقق إزالته ليد المالك فتكون أمانته لدى الغاصب لا يضمنها إلا بالتعدي فيها . ومن التعدي فيها عندهم أن يتصرف فيها ببيع أو غيره من التصرفات ، أو بإتلافها أو بالامتناع عن ردها للمالك بعد طلبه الرد . أما لو تلفت عند الغاصب بأفة سلاوية قبل طلب المالك فلا تكون مضمونة . يقول السرخسي : ( الزيادة تحدث أمانة في يده عندنا ، حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها )<sup>(١)</sup> . ويقول ابن نجيم : ( زوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي ، أي بالمتع بعد طلب المالك )<sup>(٢)</sup> .

ودليل الأحناف على اعتبار الزيادة أمانة أنه لم يوجد فيها حد الغصب حسب تعميمهم ، فالغصب عندهم هو ( إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والغفالة بفعل في المال ) . وهذه الزوائد لم توجد فيها إزالة يد المالك ، لأنها كانت في يد الغاصب أثناء وجودها ، بحكم تبعيتها للأصل ، فلا يضمنها

(١) البسيط : ٥٤/١١ .

(٢) البحر الرائق : ١٣٧/٨ .

إلا بالتعدي فيها بتفويت بئد الطلب أو بالأكل والبيع ونحو ذلك . ولا يوجب الدليل النتيجة ؛ فإن الغصب للأصل عدوان مستمر ، يوجب الكف عنه برد المصوب لصاحبه دون اشتراط تجدد الطلب بالرد ، فيعتبر متعديا بمجرد إمساك الزوائد وحيازتها بغير إذن صاحبها ، ويجب ضمان الزوائد لذلك .

ويفرع على مذهب الأحناف أنه لو غصب شاه فسمت ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم الذبح ، وهو غاصب لما زاد في بلنها بلذبح لها وتعديه في هذه الزيادة . كذلك لو غصب شاه قيمتها يوم الغصب مائة ، ثم أصبحت قيمتها مائتين ، وهى في يده ، لزيادة لحقت ببلنها ، وطلبها صاحبها وقيمتها بهذه الزيادة ولم يرد لها عدٌ بهذا متعديا ويضمن هذه الزيادة . أما إذا لم يطلبها صاحبها وتلفت بمرض أو بآفة دون تدخل من الغاصب فإنه يضمن قيمتها قبل الزيادة .

وقد جاءت صياغة مجلة الأحكام العدلية لهذا المبدأ غير واضحة في متابعة المذهب الحنفى ، مما يدل على الرغبة في ترك الأمر إلى القاضى لمتابعة الأحناف أو الجمهور . ذلك أن المادة ٩٠٣ من هذه المجلة تنص على أن ( زوائد المصوب لصاحبه ، وإذا استهلكها الغاصب ضمنها . مثلا : إذا استهلك الغاصب ما حدث من لبن الحيوان المصوب أو فلوله حين كان في يده أو من ثمر البستان المصوب حال وجوده في يده فإنه يضمنه ، لأن هذه الزوائد ملك المصوب منه . كذلك لو غصب بيت محل العسل مع محله واستردها المصوب منه فإنه يأخذ أيضا العسل الذى حصل عند الغاصب ) . ويلاحظ أن المادة المذكورة لا تشير إلى اعتبار الزيادة أمانة في يد الغاصب ، ولا إلى اشتراط تعدي الغاصب فيها لإيجاب ضمانها ، وهى بهذا تقترب من مذهب الجمهور .

٢٠٧ - ولا يشترط الجمهور استئناف التعدي فى الزوائد ، ويرون أن الاستمرار فى إثبات اليد على المصوب يوجب ضمان الأصل والزيادة على السواء . فينص المالكية على أن الزوائد التى تنشأ بفعل الله كالصنوبر يكر والمهزول يضمن والعيب يذهب مضمونة على الغاصب مطلقا<sup>(١)</sup> . ويتفق الشافعية

(١) بداية المجتهد لاين رخد : ٢٣٩/٢ ط لاهور -

مع المالكية في الحكم بضمان زوائد المصنوب ، وتلتحق عندهم بالمنافع في المعنى والضمان<sup>(١)</sup> . وهو مذهب الحنابلة كذلك ، فعندهم أنه ( إن زاد المصنوب بيد الغاصب أو غيره لزمه رده بزيادته متصلة كانت كالسمن وتعلم صنعة أو منفصلة كالولد من بهيمة .. والكسب ، لأنه من ثماء المصنوب فلزمه رده كالأصل )<sup>(٢)</sup> . وهو ما أخذ به فقهاء الإمامية كذلك<sup>(٣)</sup> .

٢٠٢ - ضمان النقصان : يقسم الفقهاء النقصان المحتمل حدوثه للعين الممنوعة إلى أربعة أنواع :

- (أ) . النقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم .
- (ب) . النقصان بفوات جزء من أجزاء العين كاليد والرجل والذنب والمزال للدابة .
- (ج) . النقصان بفوات وصف مرغوب فيه كالصناعة في الذهب والبيس في الحنطة .
- (د) . النقصان بفوات معنى مرغوب فيه كالعبد المحترف إذا نسي الصناعة في يد الغاصب أو إذا كان شاباً فشاخ في يده .

٢٠٩ - أما بالنسبة للنقصان بتراجع السعر وانخفاض القيم فلا يوجب جمهور الفقهاء جبره ؛ ففي المادة ٩٠ من المدلية أنه ( إذا تناقص سعر المصنوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ألا يقبله ويطالب بقيمته وقت الغصب ) . وهو مذهب المالكية في غير التعدي ؛ ففي شرح الخرشي : ( من غصب دابة مثلاً ، ثم وجدها ربها وقد نقصت أسواقها فإنه يأخذها ولا شيء له على الغاصب ، سواء طال زمانها عند الغاصب أولاً ، بخلاف باب التعدي ، فإن ربها إذا وجدها وقد نقصت في أسواقها فله أن يضمن المتعدي قيمتها يوم تعدي عليها ، لأنه حبسها عن أسواقها )<sup>(١)</sup> . ويصدق هذا المعنى نفسه في باب الغصب

(١) نهاية المحتاج : ١٩١/٥ .

(٢) كشف القناع : ٨٧/٤ ، والمبدع : ١٦٨/٥ .

(٣) شرائع الإسلام : ٢٤٢/٣ ، ومغرم الوسيعة : ١٨٢/٢ . (١) الخرشي : ١٤١/٦ .

فكان مقتضاه القول بضمان تراجع الأسعار في الغصب والتعدي على السواء . ولا يوجب الشافعية ضمان نقصان السعر من حيث المبدأ ، لأن المغمصوب لم يلحقه نقص في ذاته ولا في صفاته . وقالت إنما هو رغبات الناس وهي غير متقومة فلا تضمن<sup>(١)</sup> . ومع ذلك فإنهم يعترفون بضمان تفاوت الأسعار ونقصانها فيما لو تلفت العين المغمصوبة وكانت من القيميات ، فعندهم أن الغاصب يضمن أعلى قيمة للمغمصوب من حين الغصب إلى حين التلف . ولهذا فإنه إذا غصب دابة وقيمتها يوم الغصب عشرة ثم انخفضت قيمتها إلى خمسة ثم صارت عشرين وتلفت فإنه يجب عليه أداء عشرين ، لأنه كان مطالبا بالرد في كل آن ، فإذا وجبت عليه العشرون لم يبرأ بأداء ما هو الأقل منها . ويعترف الشافعية بضمان تفاوت الأسعار في غصب المثل إذا انقطع جنسه من الأسواق فإن على الغاصب أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كذلك . ففى حاشية الجمل : ( لو غصب زيتا في رمضان ف تلف في شوال وقد مثله في الحرم طولب بأقصى قيمة المثل من رمضان إلى الحرم ، فإن كانت قيمته في الحجة أكثر اعتبر ) ، ومقتضى الاعتراف بضمان تفاوت السعر ونقصه في هذين المثالين طرد ذلك فيما لو تضرر المغمصوب منه بحبس المغمصوب عن أسواقه . وهذا هو الذي نفتت إليه أبو ثور فأوجب ضمان النقصان بتفاوت الأسعار وتراجع القيم<sup>(٢)</sup> . أما الحنابلة فقد أدخلوا برأى يقترب من رأى الأحناف في ذلك<sup>(٣)</sup> .

٢١٠ - النقصان بفوات الجزء أو الصفة : لم يتردد الفقهاء في الحكم بضمان النقصان بفوات الجزء ، كأن يغصب ثوبا فيخرقه أو يغصب دابة فتزول في يده أو يقطع ذنبها أو يغصب الغنم ويميز صوفها ، ففى كل ذلك يجب ضمان النقصان بلا خلاف بين الفقهاء إلا في كيفية التضمين .

٢١١ - وتفصيل ذلك أن الأحناف يفرقون بين النقصان اليسير والفاحش . والفاحش في تعريف السرخسي : هو الذي يفوت المنفعة المطلوبة

(١) حواشي الشرواني وابن قاسم : ٣٣/٦ ، ونهاية المحتاج : ١٧٢/٥ .

(٢) قواعد الأحكام : ١٨٠/١ .

(٣) ملحة : ١٢٨٧ من المجلة الشرعية ، وكشاف التنافع : ٩١/٤ ، والمبدع : ١٦٥/٥ .

من العين<sup>(١)</sup>، وفي تعريف المجلة : هو الذى يذهب ربع قيمة المغصوب فأكثر<sup>(٢)</sup> .  
ويخبر المالك فى نقصان الفاحش على أى من التعريف بين ترك العين المغصوب  
للمغاصب وأخذ قيمتها جميعها وبين أن يأخذ المغصوب ويضمنه ما نقص من قيمته  
بقوات جزئه ، إلا إذا كان المغصوب مما يجرى فيه الربا . أما إذا كان النقص يسيرا  
فإن المالك يأخذ المغصوب ويضمن الغاصب النقصان إلا فى الربويات فإن المالك  
لا يمكنه استرداد الأصل وتضمن النقصان ، ويخبر صاحب المال لذلك بين أخذه  
ناقصا كما هو ولا شيء له وبين أن يتركه ويأخذ قيمته ؛ ففى - مجمع الضمانات  
أنه ( إن غصب حنطة نفقت عنده أو انكسرت الدراهم والدنانير أو غصب  
خلا فصب فيه ماء فلالمالك بالخيار ، إن شاء أخذه ولا شيء عليه ، وإن شاء  
تركه وضمنه قيمة مثله . وإن كان فضة فتشتم فى يده فإن شاء أخذه ولا شيء  
عليه وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه . وكذلك آنية الصفر والنحاس  
إن كان يباع وزنا وإن لم يكن من الأموال الربوية )<sup>(٣)</sup> الستة المنصوص عليها<sup>(٤)</sup> ،  
لأن علة الربا عندهم هى المماثلة والتقدير بالكيل أو الوزن .

٢١٢ - ويتجه على مذهب الأحناف فى إيجاب النقصان مع رد المغصوب  
تقييده بالآل يكون من الأصناف الربوية الستة أو ما يلتحق بها مما تتحقق فيه علة  
الربا . ذلك أن الشارع نهى عن الربا فى المعروضات والمبادلات مما هو واضح  
فى أحاديث الربا ، ولا يتصور لذلك إجراء الربا فى التبرعات ولا فى الغرامات .  
وهذا هو الذى نص عليه الشافعية حين نصوا على أن الربا لا يجرى فى الغرامات ؛  
ففى الأشياء أن من يكسر حليا يضمن صنعها ، وإن كان ذلك بنقد من جنسها  
كالذهب مثلا ، ( ولا يلزم من ذلك الربا لأنه يجرى فى العقود لا فى  
الغرامات )<sup>(٥)</sup> . أما الأحناف فقد أجروا الربا فى العقود وفى الغرامات

(١) المبسوط : ٥٢/١١ .

(٢) مادة : ٩٠٠ من مجلة الأحكام المدلية .

(٣) مجمع الضمانات : ١٣٣ .

(٤) الذهب والفضة والبر والتمر والتمر والملح .

(٥) الأشياء والنفقات للسيوطى : ٣٥٧ .

على السواء ، ولذا لم يوجبوا أرش النقصان في الأموال الربوية . ومن الواضح أن قياس الأحناف للغرامات على العقود في إجراء الربا لا يستند إلى مقصد شرعى أو إلى منصوص قواعد الشريعة .

٢١٣ - وقد أدى عدم إجراء الربا في الغرامات عند الشافعية إلى تيسير بناء مذهبهم في ضمان النقصان ، فهم يفرقون بين النقصان الفاحش الذى لا يستقر كطعام ابتل بماء أو الذى يسرى إلى التلف وبين النقصان اليسير أو المستقر الذى لا يسرى إلى التلف . وإذا كان النقصان يسيرا فإن الواجب هو رد المغمصوب مع أرش نقصه ، ولا يجبر الغاصب على أخذ المغمصوب ودفع قيمته لأنه غير الواجب ، خلافا لبعض فقهاء المذهب الذين أطلقوا تحيير المالك بين أخذ المغمصوب مع أرش النقصان أو أخذ القيمة : أما إن كان النقصان فاحشا ويسرى إلى التلف فإن المالك يحجر بين هذين الأمرين ( أخذ المال وأرش نقصه أو أخذ قيمته )<sup>(١)</sup> .

- ويشترط الشافعية لضمان أرش النقصان ما يلي :

- أن يؤدى النقص في العين إلى نقص في القيمة ، وإلا لم يجب الضمان ، فقد نصوا على أن من غصب عصيرا فأغلاه ونقصت عينه دون قيمته لم يغرم شيئا ، لأن الناقص ماء لا قيمة له<sup>(٢)</sup> . ولو زادت العين بسمنة مفرطة ونقصت القيمة لم يضمن الغاصب على قول في المذهب والأوجه التضمن<sup>(٣)</sup> .

- أن يكون النقص بوجه معتبر شرعا ، وإلا لم يجب على الغاصب شيء كما لو غصب جارية تحيد الغناء فنسيت عند الغاصب لم يضمن شيئا<sup>(٤)</sup> .

(١) نهاية المحتاج : ١٧٢/٥ ، والمهذب : ٣٦٩/١ ، وحاشى الشرح : وابن القاسم : ٣٤/٦ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٧٧/٥ ، والمهذب : ٣٦٩/١ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٧٨/٥ .

(٤) السابق .

٢١٤ - وهو مذهب الخنابلة<sup>(١)</sup> والشيعة الإمامية كذلك<sup>(٢)</sup>؛ فقد نص الخنابلة على استقرار أرش النقصان برد المغصوب معينا بحيث لا يرد الأرض للغاصب يرى المغصوب من العيب بعد الرد ولذا لو غصب دابة فتعيبت في يد الغاصب ووجب عليه أرش النقص وأعطاه لصاحب الدابة عند ردّها ، ثم زال العيب لم يجب عليه رد قيمة النقصان للغاصب ، بخلاف ما لو تعيبت ثم برئت قبل الرد حيث لا يجب على الغاصب شيء ، لأن وجوب الأرض في مقابل العيب وقد زال<sup>(٣)</sup>.

٢١٥ - أما المالكية فيفرون في النقصان بين حدوثه بأفة سماوية وبين حدوثه بفعل الغاصب أو بفعل أجنبي ، فإن كان بأفة سماوية فإن رب المال يخير بين تضمين الغاصب قيمة المغصوب أو يأخذه معينا ولا شيء له . وإنما لم يجب على الغاصب قيمة النقصان لأنه لم يحدث بفعله ، وخير المالك في تضمينه قيمة يوم غصبه لدخوله في ضمانه بالغصب . أما لو حدث النقصان بفعل الغاصب أو غيره فإن رب المال يخير بين أخذ قيمة المغصوب يوم الغصب وبين أن يأخذه معينا ويضمن له الغاصب أرش النقص إن كان حدث بفعله أو يتبع المالك هذا الغير إن كان هو الذى أحدث النقصان بفعله ، وليس للمالك أن يتبع الغاصب بأرش النقصان لأنه ليس من جنايته<sup>(٤)</sup>.

والحاصل أن الأضرار المالية جميعها محل للضمان ، سواء كانت عقارا أو متقولا أو منفعة أو نقصانا تعلق بالجزء أو الصفة أو أى معنى من المعانى المرغوبة .

(١) كشف القناع : ٩٠/٤ ، والمبدع : ١٦١/٥ .

(٢) شرائع الإسلام للحل : ٢٤٠/٣ وما بعدها ، وتحرير الوسيلة ١٨٠/٢ .

(٣) كشف القناع : ٩٢/٤ .

(٤) الخرشي : ١٤٣/٦ .

## الفرع الثاني : الأضرار البدنية

يراد بالأضرار البدنية تلك الأضرار التي تتعلق بالنفس الإنسانية أو مادونها ، فتشمل هذه الأضرار كلا من إزهاق الروح والجناية على الجنين وقطع عضو من الأعضاء وتعطيل وظيفته مع بقاء صورته كإحداث الشلل في اليد أو إذهاب السمع والبصر ، كما تشمل أيضا إحداث الجراح والشجاج والآلام . ومع أن العدوان على النفس وما دونها جريمة تستوجب العقوبة فقد يجب به الضمان ، تعويضا للمتضرر نفسه أن كان على قيد الحياة ، أو تعويضا للويه وآله عما أصابهم من أضرار مالية تتمثل في فقد العائل أو أضرار أذية معنوية تتمثل فيما عانوه من أسى وحزن . وهذا هو المعنى الذي عبر عنه الفقهاء بأن القصد من شرع الدية هو تطيب نفس المعتدى وذويه حتى لا يحفزهم الضيق والإحساس بالظلم إلى طلب الانتقام من الجاني . وإنما يجب الضمان بهذا العدوان على النفس أو ما دونها إذا لم يجب القصاص ، وإن عوقب الجاني بعقوبة تعزيرية ، فإن الذي ينتفى به الضمان هو العقوبة بالقصاص لا جنس العقوبة . وبوجه عام فإن الضمان والقصاص لا يجتمعان ، لما في القصاص من إيقاع الأذى بالجاني على النحو الذي أوقعه بالجاني عليه فلا مجال للتعويض معه .

٢١٧ - وعلى ضوء ذلك يجب النظر إلى الأجزاء التي شرعها الشارع في جرائم العدوان على النفس وما دونها ، وهي الدية والغرة والأرض المقدر بتقدير الشارع في بعض الجنايات الواقعة على ما دون النفس ، كما في الشجاج وكما في إهانة عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعته . ومن هذه الأجزاء كذلك ما يعرف بالأرض غير المقدر أو بحكومة العدل ، وذلك في الجنايات التي لا يجب فيها قصاص ولا أرض مقدر .

وقد أشار الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى حكومة العدل واستتبع أنها تكاد ترمى أساساً عاما في الفقه الإسلامي لإيجاب التعويض بفرض قدر من المال يحدده القاضي للمتضرر في أكثر أنواع الأذى التي تصيب الجسم ، سواء

كانت الجناية عمداً أو غير عمد ، لأن أكثر أنواع الجراح والشجاج التي تلحق البدن مما لا تجرى فيه المماثلة . وفي رأيه أن هذا المبدأ الجوهرى المتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب الجسم يكمل مبدأ جوهرياً آخر يتعلق بالعمل غير المشروع الذى يصيب المال ويوجب الضمان ، بحيث ينشأ من مجموع هذين المبدأين بين حدود المسؤولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية . ويتيسر بذلك استخلاص قاعدة تكاد تكون عامة ، وهى أن أكثر الأعمال غير المشروعة التى تؤدى الغير فى جسمه أو ماله من التعدى الموجب للتعويض . ويعد بذلك العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى الشريعة<sup>(٢)</sup> .

٢١٨ - ولا اعتراض لى على هذا الافتراض إلا من جهة تقييده للتعويض فى الجنايات على النفس وما دونها بالأرش غير المقدر ، فالأجزية الأخرى التى حدد الشارع مقدارها (الأرش المقدر والغرة والدية) تفيد التعويض كذلك ، لأن عدم التقدير لا يدخل فى مفهوم التعويض وكنهه . ومفهومه أنه جزاء مالى يقع على المعتدى ويستحقه المتضرر جبراً لما أصابه ، لا فرق فى ذلك بين أن يقتدره الشارع بمقدر معين من المال أو يترك أمر هذا التقدير إلى القاضى . وإذا كان للقوانين الحديثة منطقها فى ترك تقدير التعويض إلى القاضى فإن للفقه الإسلامى أسسه فى تبنى أسلوب مزدوج يقوم على تقدير التعويض أحياناً وترك ذلك إلى القاضى فى أحيان أخرى .

والدية وما يلتحق بها من أجزية - بهذا الفهم - ليست إلا تعويضاً للمتضرر فى القصد الأول من شرعها ، وتنطوى على معنى العقوبة بالقصد التابع مثلما ينطوى الحكم بالضمان فى إتلاف المالى على هذا المعنى وإن غلب اعتبار معنى التعويض وجبر الضرر كذلك . ويؤيد تغليب معنى التعويض فى الدية فرضها على العاقلة فى غير العمد ، وإيجابها على القادرين من أفرادها ، وتجيئها فى ثلاث

(١) الفَرْقُ نصف عشر الدية التى تعطى لورثة الجنين فى رأى الجمهور ، أو للأُم فى رأى ربيعة واليث تشبها للجنين الذى انفصل عنها بعض من أعضائها ، انظر بداية المجدد لابن رشد : ٣١٢/٢ .

(٢) مصطلح الحق السنهورى : ٥٠/١ .

سنوات ، ووضع حدّ أعلى لما يتحمّله الفرد ، بحيث لا يزيد مجموع الواجب عليه عن ثلاثة دراهم أو أربعة عند الأحناف ، سواء كان ميسور الحال أو متوسطها . ويقتلر الشافعية ذلك بنصف دينار للغنى وربع دينار لمتوسط الحال في السنوات الثلاث . ولا يقتلر المالكية والظاهرية ورواية عن أحمد حدًا معينا ، ويترك ذلك إلى اجتهد القاضي أو الحاكم فيفرض على كل فرد من أفراد العاقلة ما يتحمّله ويناسب طاقته ، لأنها مواساة وطريقها عدم الإعانت أو الإرهاق<sup>(١)</sup> . ومن جهة أخرى فإن مفهوم العاقلة الذي يتسع لأهل الديوان وأفراد عشيرة الجاني وبيت المال يؤكد هذا المعنى وأن الدية قد شرعت في المقام الأول لجبر الضرر . ويقطع استحقاق المتضررين لها الطريق على أى لبس أو غموض في بيان المقصود من شرع الدية .

٢١٩ - أما الذين اعتبروا أن القصد من شرع الدية في المقام الأول هو العقوبة فلما اتجهوا هذا الاتجاه لتقديرها ولعدم تفاوت مقدارها بتفاوت ما نتج عن الجنائية من ضرر مادي وأدى . أما التعويض فإنه يراعى في تقديره الضرر الناشئ عن الجريمة : جسما وأديا وماديا<sup>(٢)</sup> . وقد أدى اعتبار الدية عقوبة في الفقه الإسلامي إلى التساؤل عن علاقتها بمبدأ شخصية العقوبة وإلى الإحساس بنوع من التعارض بين هذا المبدأ وبين تكليف عاقلة الجاني بتحملها . وأجاب البعض عن ذلك بأن إلقاء الدية على العاقلة استثناء من مبدأ مسؤولية كل إنسان عن عمله . لكن الأحناف اعتبروا إيجاب الدية على العاقلة من قبيل المواساة والتعاون على أداء الواجب لمستحقه كيلا تهملر الدماء ، ويذهب ما بنفس المتضرر .

(١) الفرية نصف عشر الدية التي تعطى لورثة الجاني في رأى الجمهور أو للأثم في رأى ربيعة والثلث ونشيباً للجنين الذي انفصل عنها بضر من أعضائهم .

(٢) تصنيف الحقائق : ١٧٧/٦ ، والمضى لابن قدامة ٥٢٥/٩ ، وحاشية الدسوقي ٤/٨٨٤ ، والمهذب : ٢١٣/٢ ، ونيل الأوطار : ٢٤٢/٣ ، والبحر الرائق : ٤٥٥/٨ ، وإعلام الموقنين : ٣٥/٢ ، وبداية المجتهد : ٣٩/٢ ط. لاخير ، والمبدع : ٣٣/٩ ، وحاشية الجمل : ٦١/٥ .

(٣) أشار السبوري إلى هذا المعنى في مصادر الحق : ٤٨/١ وما بعدها ، كما أشار إليه الخفيف في : الضمان في الفقه الإسلامي : ١٦١/٢ .

٢٢٠ - وإذا كانت الدية والأروش في المقام الأول للتعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس وما دونها على الوجه المقتدر شرعا فإنه لا يسوغ القول باختلافها أو الزيادة على مقدارها ، لأن الضرر الذى وجبت في مقابله لا يتنوع بتنوع الأشخاص . فالتعويض على النفس الإنسانية أو الأطراف لا يختلف من شخص إلى آخر . ومع ذلك فإن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية أو ما دونها لا يتدخل مع غيره ، ويعتمد التعويض الواجب بتعدد الأضرار ، لأن الواجب يتعدد بتعدد الأسباب التى توجه . ويرى الشيخ على الخفيف أن للمجنى عليه الحق في طلب تعويض آخر مع الديات والأروش عما أصابه من ضرر ، بناء على أنها لم تشرع تعويضا كاملا عن جميع ما يصيب المجنى عليه ، ولم يلاحظ فيها إلا أنها تعويض عن حق الحياة الذى يتساوى لجميع الناس في التمتع به .. ومن ثم كان مقداره واحدا يستوى فيه الناس جميعا .. ويؤيد هذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك .. فإذا رُئى أن ثمة ضررا كبيرا نزل بالمجنى عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية في الجزاء بين جريمتين . إحداهما لم تحدث ضررا ذا بال وأخرى أحدثت ضررا عظيما ... لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية ، بل كثيرا ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافرا للمجنى عليه من قبل . وفي مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من دية وبخاصة إذا لاحظنا أن ذلك لا يعلموا أن يكون تعويضا عن فقد منافع ليس هناك ما يمنع من اعتبارها أموالا يستعاض عنها بالمال ، إذ لم يرد عن الشارع بيان فيما يحتاض عنه بالمال من المنافع وما لا يحتاض عنه بالمال وإنما الأمر في ذلك يجب أن يرجع فيه إلى العرف<sup>(١)</sup> .

٢٢١ - وتقريرا على ذلك يشمل الضمان الواجب على النفس وما دونها ، كلا من :

(١) الضمان في الفقه الإسلامي : ١٦١٢ - ١٦٣ إيجاز .

(أ) الأرض المقدر شرعا في مقابل الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية وما دونها ، ومقداره لا يختلف باختلاف الأشخاص والظروف .

(ب) تكاليف العلاج والتطبيب والدواء وهو ما يختلف باختلاف الظروف .

(ج) تعويض الألم الناشئ عن الجناية ، طبقا لما نص عليه بعض فقهاء الأحناف .

(د) ضمان المتفعة القائمة للمجنى عليه مدة مرضه إلى حين شفائه أو المدة المفترضة لبقائه في الخدمة أو لقدرته على العمل مع خصم ما كان يتكلفه . وقد يستند هذا الرأي إلى اختلاف الفقهاء في مسألة ضمان منفعة الحر . وقد سبقت الإشارة إلى رجحان الرأي القاضى بضمانها بكل من التفويت والقوات والحبس أو بالتسبب في فواتها على أى نحو لم يأذن به الشارع .

ويستند هذا الرأي وما يتفرع عليه إلى عموم قوله **﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾** وإلى إطلاق القواعد الفقهية التي توجب رفع الضرر ودفعه قدر الإمكان وإلى اعتبار الظالم أولى بالحمل عليه ، كما أنه يستند إلى مجموع آراء الفقهاء .

٢٢٢ - والحاصل أن الضرر المضمون في الشريعة الإسلامية يجب أن يشمل كل ما يعمد الناس ضررا مما يتعلق بالمصالح التي قصد الشارع إلى حفظها ، سواء رجع هذا الضرر إلى النفس الإنسانية وما دونها أو إلى المنافع أو الأموال بفارق واحد هو أن الضرر المتعلق بالمال من مسئولية الجاني على حين أن الضرر المتعلق بالنفس الإنسانية من مسئولية العاقلة . والاتجاه في بعض التقديرات الحديثة إلى أن مسئولية العاقلة لا تنشأ إلا إذا لم يكن هناك تأمين أو كان مقداره لا يساوى مقدار الواجب من الدية والأرض . وهذا هو الذي أخذ به مشروع العقوبات المصرية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ؛ فقد تضمنت مادة ٢٨ من هذا المشروع أنه ( تحب الدية على العاقلة في القتل الواقع من المجنون أو من به عاهة في العقل أو من غير البالغ ، إلا أن يكون مؤثما من المسئولية الناشئة عنه ، فتجب الدية على المؤمن في حدود الترامه ، فإن بقي منها شيء كان على العاقلة ) . والتأمين الجائر إنما هو ذلك الذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

### المبحث الثالث : علاقة السببية

٢١٨ - يشترط للحكم بالضمان قيام علاقة السببية بين التعدي والضرر ، بمعنى أن الضرر لم يكن ليوجد إذا لم يوجد التعدي . أما إذا انتفتت علاقة السببية بين الضرر والتعدي فإن مسؤولية المتعدي لا تنشأ ، لأن الضرر لا يضاف إلى فعله ، والقاعدة الشرعية أن الإنسان لا يسأل عن فعل غيره . ورغم وضوح هذا المعنى فإن تطبيقه في الواقع العمل كثيرا ما يكتنفه الغموض لتتويع مفهوم السببية في الإذهان بتتوع القصود والمواقف ، ولتعدد المعايير المعتمدة في قياس هذه العلاقة . ويلزم لإزالة هذا الغموض النظر في مفهوم السببية في البيئات الفكرية المختلفة وتحديد الأسس المقبولة لضبط مفهومه في مجال موضوع الضمان ، وتطبيق هذه الأسس في تلك المجالات التي يدق فيها اكتشاف هذه العلاقة .

#### مفهوم السبب :

٢٢٤ - السبب في الاستعمال اللغوي هو الطريق إلى الشيء أو ما يتوصل به إلى أمر من الأمور كالحبل . ويشمل بهذا الإطلاق العام كلا من المباشرة والتسبب ، لأنهما يؤديان جميعا إلى النتيجة ، فحفر بحر ووقوع أحد فيه يؤدي إلى الضرر مثله مثل الإلقاء في هذا البحر . وعبرة الزنجاني في ذلك : ( أعلم أن السبب في وضع اللسان عبارة عما يتوصل به إلى مقصود كالطريق الموصل إلى المكان المقصود ، والحبل الذي ينزح الماء بالاستقاء لا بالحبل لكن لا بد من الحبل ، وأسباب السماوات طرائفها . قال الشاعر :

ومن هاب أسباب المنايا ينلته ولو نال أسباب السماء بسلم<sup>(١)</sup>

(١) شرح الفروع على الأصول للزنجاني : ٣٥١ .

وقد ورد في القرآن بهذا المعنى<sup>(١)</sup>. وينبغي لذلك وضع هذا المعنى في الاعتبار عند تحديد المفهوم الاصطلاحي للسبب.

**٢٢٥ - المفهوم الفلسفي للسبب:** تأثر الفلاسفة المسلمون ، كالفارابي وابن سينا وابن رشد ، بنظرية السبب أو العلة في صياغة أرسطو لهذه النظرية . ولم يقصد أرسطو بالسبب أو العلة في كتابيه الطبيعة وما بعد الطبيعة مفهوم تتابع الحوادث في الزمان وإنما قصد بهما الأجزاء التي يتكون منها الموجود في إطار نظريته في العلل الأربع . ويفرق أرسطو في نظريته هذه بين العلل الداخلية التي تتألف منها الموجودات ، وهي المادة والصورة ، وبين العلل الخارجية ، وهي الحركة والغاية . ولتوضيح ذلك فإن أى مبنى يتألف من هذه العلل الأربع ؛ فهناك العلة المادية التي تتألف منها هذا المبنى كالطوب والخشب ، وهناك العلة الصورية ، المتمثلة في الصورة التي في ذهن بانيه ، وهناك العلة الفاعلة المتمثلة في تنفيذ إقامة هذا البناء ، وهناك العلة الغائية المتمثلة في المقصود من إقامته ، وهي السكني فيه . ولا ينطبق ذلك عنده على جميع الموجودات ؛ فالله هو العلة الغائية لهذا العالم الذي يتحرك شوقاً إليه وعشقاً له . والإنسان مادة ونفس تتجلى فيهما العلة الصورية والفاعلة الغائية . ومع أن هؤلاء الفلاسفة أدخلوا عند من التغييرات في شكل هذه النظرية وترتيب عناصرها فقد حظيت بالقبول عندهم ، وظلوا يتحدثون عن العلة أو السبب بهذا المفهوم ، وعن الفاعل أو مبدأ الحركة ، والهيولى أو المادة أو العنصر ، وعن الصورة ، وعن الغاية أو الغرض أو التمام ، باعتبارها علل الموجودات . وهي عند ابن سينا تتحرك شوقاً إلى كمال ماهية الله عز وجل .

ويهدف أرسطو بنظريته في العلل الأربع ومن تأثر بها إلى تقديم تفسير عام للوجود ، لتيسير إدراك العلاقات بين أجزائه وفهم الظواهر التي تتولى

---

(١) وردت هذه الكلمة في قوله تعالى : ﴿ وتطعت بهم الأسباب ﴾ البقرة : ١٦٦ ، وفي قوله تعالى : ﴿ وقال فرعون يا هامان ابن لي صرحاً لنعل أبلغ الأسباب أسبل السماء ﴾ فاطر : ١١٠ ، وفي قوله تعالى : ﴿ فاطلع إلى إله موسى ﴾ غافر : ٣٦ ، ٣٧ .

في الوجود . وهذا هو القصد من معرفة الأسباب في الدراسات الفلسفية الحديثة التي تهدف إلى تقديم تفسير للظواهر المحيطة بنا في هذا الكون والكشف عن النظام الذي تستند إليه في تواليها وتتابعها في الوجود .

٢٢٦ - عند المتكلمين : ذهب عدد من المتكلمين والمتصوفة إلى نفى الأسباب والقول بعلة فاعلة واحدة ، أو بفاعل واحد ، هو الله . من بين هؤلاء الجهم بن صفوان ومن تبعه ممن يقولون ( بأن العبد ليس بفاعل حقيقة ، وإنما هو كاسب حقيقة ، ويثبتون مع الكسب قدرة لا تأثير لها . في الكسب ، بل وجودها وعدمها بالنسبة إليه سواء ، ولكن قرنت به من غير تأثير فيه . وزعموا أن كل ما في الوجود من القوى والطبائع والأسباب العلوية والسفلية كقدرة العبد لا تأثير لشيء منها فيما اقترنت به من الحوادث والأفعال والمنسببات ، بل قرن الخالق هذا بهذا لا لسبب ولا لحكمة أصلاً ... وكثير من هؤلاء كأبي الحسن وأتباعه ومن وافقهم من متأخري أصحاب مالك والشافعي وأحمد مثل ابن عقيل والجوزي وأمثالهما .. جعلوا أفعال العباد فعلاً لله ، والفعل عندهم هو المفعول ، فامتنع مع هذا أن يكون فعلاً للعبد ، فلما يكون فعل واحد له فاعلان<sup>(١)</sup> . ولا يبعد عن ذلك ما أخذ به الجبرية<sup>(٢)</sup> . ويرى هؤلاء أن الرخص والفلاء من الله تعالى بدون واسطة<sup>(٣)</sup> ، كما يرون أنه لا يجب التكسب على العبد لأن الرزق مضمون ، ولا يمكن طلبه ، لأنه شيء من فعل الله بالعبد كاشية الموت ، لا يقدر العبد على تحصيله ولا رفعه . وقد اعترض القدرية عن الأخذ بالأسباب الشرعية والأعمال الصالحة اغتراراً منهم بالقدر<sup>(٤)</sup> .

وقد ذهب جمهور متكلمي الإسلام إلى إثبات الأسباب ، واعتقدوا أن ( نحو الأسباب أن تكون أسباباً نقص في العقل ، والإعراض عن الأسباب بالكلية قدح في الشرع . وعجز الأسباب لا يوجب حصول المسبب ، فإن المطر إذا نزل

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٤٦٨/٨ . وانظر كذلك الملل والنحل للشهرستاني : ٨٠/١ .

(٢) السابق : ٣٧٤/٨ ، ٥٢١ ، وأيضاً الملل والنحل : ٧٩/١ .

(٣) السابق : ٢٠/٨ وما بعدها .

(٤) السابق : ٧١/٨ .

وبلر الحب لم يكن ذلك كافيا في حصول النبات ، بل لا بد من ربح مربية بإذن الله ، ولا بد من صرف الانتفاء عنه .. وتتمام الشروط وزوال الوانع ، وكل ذلك بقضاء الله وقدره<sup>(١)</sup> . ولا يتأهل أجر الآخرة بمقابلة العمل ، فيما دل عليه حديث النبي ﷺ : « لن يدخل أحدكم الجنة بعمله قالوا : ولا أنت يا رسول الله ؟ قال : ولا أنا ، إلا أن يتغفلني الله برحمته منه وفضل » والباء في قوله تعالى : ﴿ ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون ﴾ هي باء السبب ، والمنقضى في الحديث هو معنى المعاوضة أو المقابلة<sup>(٢)</sup> . ويفرق هؤلاء المتكلمون بين الإنسان وبين الطبيعة ، من حيث إن الطبيعة مخلوقة مسخرة بتدبير خالقها ، وهو الله ، وكل ما يقع فيها فهو واقع بإيجاب الخلقة ، وحسب القوانين الثابتة الحتمية التي لا تتخلف . أما الإنسان فله إرادة واختيار في غير ما يتعلق بأفعاله الاضطرارية ، كارتعاش اليد ونبض القلب وغير ذلك مما لا سبيل للإنسان إلى السيطرة عليه . غير أنهم اختلفوا في مدى هذه الإرادة وذلك الاختيار ، وذهبوا في ذلك مذاهب شتى .

٢٧٧ - وقد اعتقد المعتزلة أن أفعال العباد الإرادية حادثة عن جبهتهم بقدره أودعها الله فيهم ، ولا فاعل لها سواهم<sup>(٣)</sup> ، بناء على أن هذه الأفعال لا يمكن إضافتها إلى الله سبحانه ، لأن فيها ظلما وإثما أحيانا ، والظلم مخال على الله ، كما أن إضافة هذه الأفعال إليهم هي التي تبرر مبدأ مسؤوليتهم عنها ومحاسبتهم عليها .

وإذا سلم المعتزلة بقدرته الإنسان على إحداث أفعاله في نفسه ، وذلك كقيامه أو جلوسه ، فقد تساءلوا عن قدرته على إحداث فعل في غيره ، كالإيقاع الأثم والأذى والفرح والعلم بالغير نتيجة أفعال يقوم بها المرء كالضرب والإخبار بخبر سار أو حقيقة علمية أو ما إلى ذلك مما يؤثر في الآخرين تأثيرا غير مباشر .

(١) السابق : ٧٠/٨ .

(٢) السابق : ٧٠/٨ .

(٣) أنظر : في علم الكلام ، فريضة فلسفية لأراء الفرق الإسلامية في أصول الدين ، المحرلة للدكتور أحمد حمود صبحي طبع ١٩٨٢ ص ١٤٩ ، ودائرة المعارف الإسلامية مادة سبب تعليق أستاذنا الدكتور عبد الهادي أبو زيد ، والمثل والنحل للشهرستاني : ٤٩/١ ، ونشأة الفكر الفلسفي في الإسلام لأستاذنا الدكتور علي سمي النشار طر المعارف : ٤٣٤/١ .

ولتوضيح ذلك فإن أفعال الإنسان عند المعتزلة على قسمين ، أولهما أفعاله المباشرة ، كقيامه وجلسه وضربه وإخباره ، والثاني هو الفعل المتولد عن هذا الفعل المباشر الذى يعد سبباً له ، كإحساس المضروب بالألم ، أو بالأذى ، أو مالى ذلك مما يعتبر نتيجة للفعل المباشر . وهذا هو مفهوم التولد الذى يعرفه التهانوى بأنه ( الفعل الصادر عن الفاعل بواسطة ، ويقابله المباشر )<sup>(١)</sup> . وحلّه بعض المعتزلة بأنه الفعل الذى يكون منى ويحل فى غيرى ، كما حلّه بعض آخر منهم بأنه ( الفعل الذى أوجدت سببه ، فخرج من أن يمكنى تركه وقد أفعله فى نفسى وأفعله فى غيرى ) . وفسره آخرون بأنه ( الفعل الثالث الذى يلى مرادى ، مثل الألم الذى يلى الضربة ، ومثل الذهاب إلى الذى يلى الدفعة ) ، وفسره الإسيكافى أحد شيوخ المعتزلة بأنه كل فعل يتبأ وقوعه على الخطأ دون القصد إليه والإرادة له فهو متولد ، وكل فعل لا يتبأ إلا بقصد ، ويحتاج كل جزء منه إلى عزم . وقصد إليه وإرادة له فهو خارج عن التولد<sup>(٢)</sup> . وبهذا فإن الإنسان قادر على إحداث أفعاله المباشرة التى يتحرك عزمه وإرادته إليها ويستطيع التوقف عن الاستمرار فيها ، كما أن ما يتولد عن فعله من نتائج معلولة لهذا الفعل تضاف إليه كذلك بمقتضى مبدأ العلية . وعلى سبيل المثال فإن الضربة والصدمة والرمية من فعل الفاعل بوجه مباشر ، ويتولد عنها ما يضاف إلى فعله إذا كان سبباً منه . ولو رمى سهما ثم مات الرامى قبل أن يصيب السهم المقلوف ، ثم أصابه فألمه وقتله ، فإن الألم والقتل يضاف إلى فعل الرامى بالسبب الذى أحدثه وهو رمى . ومع ذلك فقد ذهب بعض المعتزلة إلى أن الأفعال التى تضاف للإنسان هي أفعاله المباشرة التى يتمكن من تدارك وقوعها والتدخل فى مجراها والكف عنها أو الاستمرار فيها . أما جمهور المعتزلة فقد أخذ بأن الفعل المباشر ومسببه بما يضاف لفاعله ، سواء تفتن لهذا المسبب أو لم يتفتن ، وهذه الإضافة هي التى تبرر مسؤولية الإنسان عن نتائج أفعاله .

(١) كشف اصطلاحات الفنون : ١٤٧/٢ .

(٢) مقالات الإسلاميين للأشعري : ٣٠٢/٢ ، ٣٠٣ ، ٤٠٩ ، والنظر كذلك : فى الفلسفة الإسلامية : منهج وتطبيقه للدكتور إبراهيم مذكور : ١٠٧/٢ وما بعدها نشر دار المعارف بمصر بدون تاريخ .

٢٢٨ - وفي رأى الأشعرى أن أفعال العباد مخلوقة لله سبحانه وتعالى وليس للعبد سوى كسبه واختياره . والكسب هو مجرد تعلق قدرة العبد وإرادته بالفعل الذى هو من صنع الله ، لأن قدرتها لا تؤثر في مقدورها ، وهى نفسها مخلوقة لله ، وإنما أجرى الله عز وجل سنته بأن يخلق مع القدرة الحادثة الفعل الذى أراده العبد وقصد إليه . وترجع الأفعال المتولدة هى الأخرى إلى الله عز وجل . وبهذا فإن الإنسان إذا رمى سهما لم يكن هو الفاعل على الحقيقة ، بل الفاعل هو الله<sup>(١)</sup> . وقد خضع مذهب الأشعرى في الكسب للعديد من التعديلات من أهمها ما جاء به الرازى الذى لم يفتح بفكرة الكسب في تفسير الأشعرى لها ، وإنما أراد أن يفسرها على نحو يجعلها قدرة وإرادة حادثة حقيقية ، تكون هى مناط المسؤولية . وقد ذهب الأمدى لمذهبها قريبا من ذلك<sup>(٢)</sup> .

٢٢٩ - وقد أراد الماتريدى إقامة مناط تكليف الإنسان على حجة إرادته واختياره ؛ فذهب إلى أن الإنسان فاعل مختار حقيقة ، وأن أفعال الإنسان من خلق الله زمن كسب العبد ، أى أنها من قصده واختياره . ويختلف مفهوم الكسب عنده بهذا عن مفهومه لدى الأشاعرة ، من جهة أن الكسب الأشعرى مجرد مصاحبة القدرة الحارثة للمقدور ، فهو أمر سلبى يقترن بالفعل ولا يستبغ ، أما الكسب الماتريدى فهو عمل إيجابى سابق على الفعل . وعنده أن القصد هو مناط التكليف ، ويستحق العبد الثواب أو العقاب بناء على قصده شريطة توافر القدرة على الفعل أو الاستطاعة . ولهذا رفع التكليف عن النائم والصبي ومن لا قصد له ، كما أن الحج لا يجب إذا لم توجد الاستطاعة . والماتريدى بهذا أقرب إلى المعتزلة من الأشاعرة الذين يؤدى مذهبهم في الكسب وعدم تأثيره إلى القول بالجبر لا محالة ، كما لاحظ المنتقون لمذهبهم ، مما ينقله ابن تيمية من عبارة شاعت على ألسنة الخصوم ، وهى : ( ثلاثة أشياء لا حقيقة لها : طفرة النظم ، وأحوال أبى هاشم ، وكسب الأشعرى )<sup>(٣)</sup> .

(١) الإرشاد لإمام الحرمين : القلعة ١٩٥٠ من ٢٣٣ .

(٢) غاية المرام في علم الكلام : ص ٢١٤ - ٢٢٣ ، والرازى أساس التدبى ط. القاهرة ١٩٣٥ فلا

عن مذكور : في الفلسفة الإسلامية : ص ١٢١ .

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٨ ؛ ١٢٨ .

٢٣٠ - ومن الطبيعي أن يختلف علماء الكلام والفلاسفة إزاء هذه المشكلة الكبرى التي علقوا عليها تفسير حقائق الوجود وإدراك علاقته ورسم أبعاد حرية الإنسان ومدى هذه الحرية وأساس مسئولية عن أفعاله وعلاقته كل ذلك بحقائق العدل الإلهي والقدرة الإلهية والخلق وما إلى ذلك من أمور بالغة التعقيد والصعوبة على العقل البشري ، ولذا كان من الطبيعي أيضا أن تؤدي زيادة الآراء في هذه المشكلة إلى زيادة صعوبتها لا إلى تيسر حلولها ، والناظر فيها كالناظر في شعاع الشمس ، كلما ازداد نظرا ازداد حيرة أما على المستوى الفقهي والخلقي فلم تكن المشكلة بهذه الصعوبة ، إذ هدف الفقهاء من البحث في العلية والفاعلية الإنسانية إلى إقامة مبدأ المسئولية والمجازاة على أسس عملية لا تختلف في التطبيق الواقعي . ولذلك نجد الفقهاء على اختلاف مشاربهم يسلمون بالمبادئ التالية :

(أ) إثبات قدرة الإنسان وإرادته ، بهما ينافي تكليفه ، وتثبت حرية اختياره ، لكن في عالم خاضع للقوانين التي خلق الله هذا العالم عليها . وهو فاعل حقيقة لأفعاله التي تقوم به ولنتائج هذه الأفعال . وفي ذلك يقول ابن تيمية : ( الذين اتبعوا السلف في هذا الأصل كلهم يقولون إنه « أى الإنسان » فاعل حقيقة ، كما صرح بذلك أئمة أصحاب المذاهب الأربعة ، وأصحاب أى حنيفة ومالك ، والشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وغيرهم ، وكتبهم مشحونة بذلك )<sup>(١)</sup> .

(ب) إثبات الأسباب وتأثيرها في مسبباتها . ويعتبره ابن تيمية مذهب الفقهاء : يقول في ذلك : ( ومذهب الفقهاء أن السبب له تأثير في مسببه ، ليس علامة محضة ، وإنما يقول إنه علامة محضة طائفة من أهل الكلام الذين بنوا على قول جهم )<sup>(٢)</sup> . ولا تختلف قدرة العبد مع فعله في التأثير عن تأثير سائر الأسباب في مسبباتها ؛ فالله تعالى خلق الأسباب والمسببات ، وجعل قدرة العبد وفعله سببا من هذه الأسباب .

(١) مجموع الفتاوى ابن تيمية : ٤٨٣/٨ .

(٢) السابق : ٤٨٥/٨ .

(ج) لا تناقض بين فاعلية السبب وتأثيره وبين عموم القدرة الإلهية ، لانفكاره إلهيا وإمكان تدخل هذه القدرة لإبطال تأثيره ؛ فالأسباب ( ليست مستقلة بالمسببات ، بل لا بد لها من أسباب أخرى تعاونها ، ولها مع ذلك أضداد ثنائها . والمسبب لا يكون حتى يخلق الله جميع أسبابه ، ويدفع عنه أضداده المعارضة له . وهو سبحانه يخلق جميع ذلك بمشيئته وقدرته كما يخلق سائر المخلوقات ، فقدرة العبد سبب من الأسباب . وفعل العبد لا يكون بها وحدها ، بل لا بد من الإرادة الجازمة مع القدرة (١).

(د) الإنسان مسئول عن أفعاله المباشرة وعن نتائجها المتولدة منها ، فالقاعدة الفقهية أن الرضا بالشئ رضا بما يتولد منه (٢) . وإذا كانت أفعاله لاتستقل بما يتولد عنها فإن مسئوليته عن نتائج أفعاله الخارجية محكومة بما يؤدي إليه مثل هذه الأفعال في العادة .

(هـ) مناسبة الأحكام الشرعية لما أنيط بها من مصالح ومقاصد ، وهو ما يعرف مجبداً ( تعليل الأحكام الشرعية ) (٣) .

٢٢٧ - السبب عند الأصوليين : يراد بالسبب في أشهر معانيه عند الأصوليين قسم الحكم الوضعي المعروف بأنه ( وصف ظاهر منضبط ، جعله الشارع علامة على وجود حكم شرعي بحيث يوجد الحكم بوجوده ويتفق بإنتفاؤه وذلك كالفردية لوجوب صلاة المغرب وكالقتل الممعد بالعنوان الموجب للقصاص ، وكذلك النصاب الموجب للزكاة ، وكإتلاف مال الغير أو غصنه الموجب للضمان فكلها أوصاف ظاهرة منضبطة أناط بها الشارع الحكمة ، بحيث يوجد بوجودها ويتفق في العلوم الطبيعية التجريبية ، لأن القصد في كل من هذين المجالين هو ربط الظاهرة ، أو الحكم الشرعي ، بالسبب الذي يتعلق بهما . ويشمل السبب بهذا

(١) السابق : ٤٨٧/٨ .

(٢) الأشبه والنظائر للسوطي ص ١٤١ ، ولشعر في القواعد للزركشي : ١٧٦/٢ .

(٣) انظر في ذلك قواعد الأحكام للبر بن عبد السلام ٥/١ وما بعدها ، والمصطفى ص ١١١ ، والوضح : ٥٢٢/٢ ، والرافعات للشافعي : ٦/٢ ، والمصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور حسين حامد حسن : ص ١٩ .

(٤) الإحكام للآمدي ١١٠/١ .

المفهوم كلا من الأفعال الإنسانية والوقائع الطبيعية ، كما يشمل الأوصاف المناسبة للحكم ، كملك النصب لوجوب الزكاة ، والأوصاف التي لا تناسب ، الحكم ، كوجوب صلاة المغرب بالغروب . وإنما تؤدي الأسباب في هذين القسمين إلى موجباتها أو أحكامها بجعل الشارع وإيجابه ، فإن ( نصب الأسباب أسبابا للأحكام أيضا حكم من الشرع ، فله تعالى في الزنا حكمان ، أحدهما وجوب الحد عليه ، والثاني نصب الزنا سببا للوجوب في حقه ، لأن الزنا لا يوجب الرجم لذاته وعينه ، بخلاف العلل العقلية . وإنما صار موجبا بجعل الشارع إياه موجبا ، فهو نوع من الحكم )<sup>(١)</sup> ، لذلك يورده الأصوليون ضمن أنواع الأحكام الشرعية . تقسيم السبب في الاصطلاح الفقهي :

٢٢٨ - يراد بالسبب في اصطلاح الفقهاء مايقابل المباشرة . وقد نصت المادة ٨٨٧ من المجلة العدلية على تعريف مباشرة الإلتلاف بأنه هو : ( إلتلاف الشيء بالذات من غير أن يتدخل بين المباشر والتلف فعل آخر ) . أما الإلتلاف بالتسبب فقد ورد تعريفه في المادة ٨٨٨ من هذه المجلة بأنه هو التسبب في تلف شيء . يعنى أن يحدث في شيء ما يقضى عادة إلى تلف شيء آخر ، ويقال لفاعله متسبب ، فإن من قطع جبل قنديل معلق يكون سببا لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلّف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وكذا إذا شق واحد طرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلّف الطرف مباشرة والسمن تسببا ) . .

والمباشرة بهذا هي السبب القريب الذى لا يتوسط بينه وبين نتيجته المتولدة عنه فعل آخر ، أما السبب فهو أبعد من المباشرة ، لتوسط عامل آخر بينه وبين النتيجة ، هو العلة في الاصطلاح الأصولي . ويشير الغزالي وبعض فقهاء الشافعية إلى تعريف السبب في مقابل المباشرة بما لا يخرج عن ذلك ، فعند الرغباني أن السبب هو ( ما أفضى إلى الحكم بواسطة أو وسائط ، كقوله إذا دخلت الدار فأنت طالق ، سمى سببا لتوقف الحكم على واسطة دخول الدار )<sup>(٢)</sup> . ومنه أن يرمى شخصا فلو مات ضمنه الرامى ، مع أن الموت حدث بالجرح ، نظرا

(٢) تخرىج القروع على الأصول: ص ٣٥٢ .

(١) المستصلى : ١١٢ .

لأن الجرح يضاف إلى الرمي الذي هو علته . ولو أكره امرأة على الزنا فحملت منه وماتت من الولادة ضمن الزاني ديتها ، لموتها بتعديه الذي هو علة حملها وولادتها . ومن جنسه على سبيل المقارنة حكم محكمة المجازية بتعويض بنت قائد سفينة إحتكت بها سفينة أخرى فنزل القائد من سفينته وركب زورقاً قاصداً التفاهم مع قائد السفينة التي صدمته ، وفي هذه الأثناء هبت عاصفة شديدة أغرقت الزورق ، ومات هذا القائد . وإنما حكمت المحكمة بمسؤولية القائد المعتدى عن موت الآخر ، بناء على أن نزوله إلى القارب بعد الصدام والرغبة في التفاهم نتيجة طبيعية للحادث نفسه ، فيتحمل مسؤولية غرقه هذا الآخر<sup>(١)</sup> .

٢٣٣ - ويعرف المالكية التسبب بأنه ( ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة ، كحفر البئر في محل عدوانا ، فيتردى فيها بئمة أو غيرها ، فإن أرداها غير الحافر فالضمان عليه دون الحافر ، تقدما للمباشرة . على التسبب )<sup>(٢)</sup> . ومن جنسه وضع السم في الطعام ووقد النار قريبا من أرض الجار أو ملكه فتنتقل إليه ، ونحو ذلك مما شأنه أن يفضى في الغالب والمتعاد إلى التلف .

ويتفق الخنابلة مع غيرهم في التفريق بين المباشرة والتسبب ، فالإتلاف بالتسبب عندهم كل ( فعل يفضى عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه . ويعبر عن الفاعل بالتسبب )<sup>(٣)</sup> . ويوافقهم الشيعة الإمامية في تعريف التسبب بما لا يخرج عن ذلك .

٢٣٤ - والمفهوم الأصولي للسبب بهذا التحديد أعم من مثيله الفقهي ، وإن اشتركا في المعاني التالية :

( أ ) السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي أناط به الشارع الحكم ، سواء تمثل ذلك في واقعة طبيعية أو فعل إنساني . غير أن السبب في الجنائيات والضمانات قاصر على الأفعال الإنسانية وحدها ، لأنه لا تكليف للحيوانات والجمادات . وفي هذا المجال يشمل السبب كلا من المباشرة والتسبب إذا أدبا إلى الضرر .

(١) انظر قضية *Oropesa v. Some other ships*

(ب) التسبب يقابل المباشرة من جهة أن المباشرة تؤدي إلى الضرر دون تدخل واسطة ، أما التسبب فإنه يؤدي إلى الضرر مع تدخل واسطة أو عدة وسائط بين الفعل والضرر . غير أنه إذا تعددت الوسائط وقويت في ذاتها ، على نحو أضعف التسبب فإن الضرر يضاف إلى المتوسط أو العلة لا إلى السبب . وذلك كما لو ضرب زيد عمرا ضربة أفقدته وغيه فجاء آخر وأطلق الرصاص عليه وقتله ، فإن زيدا يسأل عن الضرب ، ويطلق عليه الفقهاء اصطلاح صاحب السبب ، أما الذي أطلق الرصاص فهو الذي يسأل عن القتل ، وهو صاحب العلة في اصطلاح الفقهاء ..

(ج) اتفق الفقهاء على تقديم صاحب العلة أو المباشر عند اجتراحه مع التسبب في الضمان ، وعلى تقديم التسبب إذا قويت نسبة الضرر إلى فعله ، كما لو كان فعل صاحب العلة ، أو المباشر ، متولدا عن فعل صاحب السبب . ولذا لو شهد شهود زور ، بالقتل فحكم القاضي بالقصاص ضمن الشهود ، لا القاضى ، مع أنهم أصحاب سبب ، لأن فعل صاحب العلة ناشئ عن فعلهم ومتولد عن شهادتهم .

(د) يقترب التقسيم الفقهي للعلاقة بين السبب ونتيجته من حيث المباشرة والتسبب من تقسيم المعتزلة للأفعال الإنسانية إلى مباشرة ومتولدة ، من حيث الإضافة للفاعل ومسؤوليته عنهما وتأثيرهما في النتيجة الناشئة عنهما وتقدم المباشر على غيره في هذا التأثير . وعلى الرغم من وضوح الأساس الواقعي لهذا التقسيم فإن نتائجه العملية طبقا لبعض الاتجاهات الفقهية في تفسيره لا تتفق مع قواعد المنطق والعرف ، فهناك فرق على المستوى العمل والتشريع بين من يمسك سكيناً أو خنجرًا ويطن به شخصا حتى يموت وبين من يحفر حفرة أو يترك شيئا له في الطريق فيصطدم به إنسان ويموت ، مع أن من المحتمل أن سبب الوفاة في التشخيص الطبي في الحالتين واحد ، هو الصدمة العصبية . لكن الفرق أن هذه الصدمة كانت نتيجة مباشرة لفعل الأول في الزمن دون الثاني الذي فصل عامل الوقت بين فعله وبين نتيجة هذا الفعل . غير أن ما تطوّره الدابة بإهمال الراكب يعد من فعله المباشر في كثير من التفسيرات الفقهية بخلاف وضع السم في إناء وإقناع أحد الأشخاص بتناوله فإنه يعد من التسبب . ولا فرق فيما يبدو

لى بين قطع جبل قنديل وبين انكسار القنديل نفسه فى أن إتلافهما معا من الإتلاف بالمباشرة ، مع أن المادة ٨٨٨ من المجلة العدلية تنص على أن من قطع جبل قنديل معلق يكون سببا لسقوط القنديل وانكساره أنه يعتبر قد ( أتلف الجبل مباشرة وكسر القنديل تسببا ) ، لأن كسر القنديل نتيجة اصطدامه بالأرض ، وقطع الجبل نتيجة اصطدامه بالآلة المحددة . وكل ذلك نتيجة لفعله وتحرك إرادته لهذا الفعل . والذي تجدر الإشارة إليه أن التقسيم الكلامى للأفعال الإنسانية قد انتقل إلى التفكير الفقهى وأسفر تطبيقه فى هذا المجال عن قدر من الغموض يتعين توضيحه فى مناسبه من هذا البحث .

٢٣٥ - الضوابط العامة لمفهوم السببية فى الاصطلاح الفقهى : تجتمع المباشرة والتسبب فى إفضاها لى نتيجة معينة ، طبقا للقوانين الطبيعية التى خلق الله الكون عليها . ويخضع الفعل الإنسانى بعد انفصاله عن فاعله ، من حيث تأثيره ونتائجه ، إلى هذه القوانين التى توصف بالجمعية إلى حد كبير ؛ خلافا للفعل الإنسانى قبل صدوره فإنه يتمتع بقدرة من الحرية التى تعد أساس مسئولية فى التفكير الفلسفى والكلامى الذى سلفت الإشارة إليه . وينصب الاهتمام النقضى على دراسة السببية لتحعين المسئولية عن نتائج الأفعال الإنسانية وتحديد نطاقها ومداها ، لاختلاف فى ذلك بين المباشرة أو التسبب . أما الهدف الفلسفى أو الكلامى من دراسة السببية فهو هدف أعم من ذلك ، والقصد منه هو تفسير الظواهر والبحث عن أسبابها القريبة والبعيدة على السواء ومع ذلك فإن السببية فى المجالين التشريعى والفلسفى هى إسناد نتيجة إلى أمر من الأمور سواء كان فعلا إنسانيا أو واقعة مادية بنية إقامة العلاقات بين الوقائع المتنوعة والظواهر التى تتوالى فى الوجود . وليس البحث فى السببية خاصا بالتشريع أو الفلسفة ، بل هو أمر مركز فى الفطرة الإنسانية وهو سلاح العالمى والعالم على السواء فى الوقوف على الأسباب والربط بينها وبين مسبباتها . وإنما تتقدم المعارف فى العلوم المختلفة العلمية والاجتماعية بتقديم الوعى بالارتباط بين الأسباب ومسبباتها .

٢٣٦ - وتضبط المعانى التالية الأسس العامة لى تناول السببية فى التفكير

الفقهى :

(أ) السببية هي ربط الضرر الذى أراد الشارع رفعه أو الزجر عنه بفعل من الأفعال الإنسانية لإقامة مسئولية صاحبه عن هذا الضرر وإيجاب ضمانه أو العقوبة عليه . وهى هذا المفهوم رابطة عقلية تستند فى إدراكها إلى التجارب والذكاء ومناهج التفكير العلمى العامة المتبعة فى العلوم المتنوعة ، وليست حكما تشريعيا . ويجب ألا نتوقع لهذا أن نجد فى الفقه الإسلامى معيارا جامدا لاكتشاف علاقة السببية فذلك ما لم يقدمه أى قانون ، وبدلا من ذلك فإن هذا الفقه يقدم عددا من المعايير أو الضوابط التى تتسم بالمرونة وتمترك للقاضى فهم الوقائع وتقدير الملابسات والنتائج فى ضوء اعتبارات عديدة قد لا تدخل تحت حصر .

(ب) تختلف السببية فى التفكير الفقهى عنها فى التفكير الفلسفى ، من جهة أن الهدف من تعيينها فى النظر الفقهى هو إقامة المسئولية وتحديد مدامها ودرجتها . أما فى الفلسفة فإن الهدف هو تفسير الظواهر والكشف عن العوامل المؤثرة فيها وتفسير الوجود نفسه . والمثال الذى يوضح ذلك أن سقوط خشبة من شرفة مبنى تحت الإنشاء على رأس أحد المارة قد يستوجب على القاضى والفقيه النظر فى الأسباب التى أدت إلى الضرر الناشئ عن سقوط الخشبة . ومن الواضح أن هذا الضرر قد حدث من تولى علة أسباب تبدأ باصطدام الخشبة برأس المتضرر وتتعلق بسرعة الريح وقوانين الجاذبية ورفع عامل البناء لهذه الخشبة أو إهماله فى وضعها فى الشرفة . ومهمة الفقيه أو القاضى هو إسناد الضرر إلى فعل إنسان يعد سببا له . أما الوسط الطبيعى من جاذبية وسرعة فينبغى إغفال اعتبارها فى هذا الإسناد إذا كانت مألوفة ولا تنقص من مسئولية الفاعل ، لأن عليه أن يأخذها فى اعتباره عند تحرك إرادته إلى إحداث فعل أو ترك . أما مهمة الفيلسوف أو الباحث الاجتماعى فلا تنحصر فى إلقاء المسئولية على هذا العامل أو ذلك ، وإنما تتعلق بالعمل على تفسير الظاهره بالرجوع إلى العوامل الطبيعية والأفعال الإنسانية . ولا يبعد لذلك أن يدخلوا فى اعتبارهما سبب مرور المتضرر فى الشارع لحظة سقوط الخشبة ، مما قد يرجع إلى عوامل شخصية وتاريخية تتعلق بأسلافه وإلى عوامل أخرى جغرافية واقتصادية واجتماعية . وتشمل السببية فى الاعتبار الفلسفى بهذا مجموع القوى المؤثرة فى إنتاج الظاهر التى يؤدى غياب أى منها إلى

غياب هذه الظاهرة ، ولذا فإن هذه الأسباب تتسلسل في التأثير ، ولا يمكن الترجيح بينها في الأهمية من هذا الوجه ، لأن كل سبب منها هو الذي يهيئ السبب الذي يليه في الوجود لأداء دوره . أما السببية في التفكير الفقهى فتتعلق بالسلوك الإنساني من جهة تدخله لترجيح إيجاد نتيجة من النتائج للكشف عن مسؤولية صاحب هذا السلوك . ومن الممكن لذلك من الوجهة الفقهية إجراء مقارنة بين الأسباب المتعددة والمتداخلة بحسب خطورتها وأهميتها وموقعها في إنتاج الضرر .

(ج) تختلف السببية عن كل من الخطأ والعمد ، من جهة أن السبب هو ما يتوقف على وجوده وجوداً المسبب ، أما الخطأ فهو السلوك مسلوكاً بخلافاً للسلوك الصحيح ، والعمد هو قصد هذا السلوك . والسببية بهذا علاقة ذهنية موضوعية تخضع في دراستها للقواعد المنطقية ، على حين أن الخطأ والعمد يحكم أخلاق أو قانوني يستند إلى نصوص الشريعة ومبادئها . وإنما يقتضى قيام المسؤولية عن الضرر إثبات كل من السببية بين الضرر وبين الفعل الذي أدى إليه مع إثبات تعدى الفاعل لهذا الفعل بالقصد إليه أو الإهمال في سلوكه .

(د) ييسر اكتشاف السببية بين الفعل والضرر إذا ترتب على الفعل مباشرة ولم يتدخل بين تواليهما في الوجود عامل آخر ، كقتال يطلع المجنى عليه فيموت ، وكإلقاء النار في زرع الغير بإلقاء مادة مشتعلة فيه وغصب مال الغير وإتلاف مال هذا الغير على نحو مباشر . أما إذا تعددت الأفعال والعوامل التي يحتمل نسبة الضرر إليها ، كما في أحوال الإهمال المشترك وتعدد الجناة وإسهام العوامل الطبيعية أو الآفات غير المألوفة وغير المتوقعة في إحداث الضرر فإن اكتشاف السببية وتحديدتها في التطبيقات الواقعية قد يندق ويفمض مما يؤدي إلى اختلاف الرأي بين الفقهاء في إسناد الضرر إلى هذا العامل أو ذاك . من ذلك أن يجرح أحد الناس شخصاً ويحمل في علاج نفسه ، أو يجرح جراحاً عند طبيب جاهل ، أو يهمل الطبيب في علاجه . ومن جنسه أن يرش بعض الطريق بالماء فيسمر شخص على الجزء الميت ويقع .

٢٣٧ - وقد صاغ الفقهاء عدداً من المعايير التي يستعين بها القاضى والمفتى في الكشف عن السببية عند اجتماع العوامل التي يمكن إسناد الضرر إليها . من بين تلك المعايير قاعدة إضافة الفعل إلى المباشر لا إلى المتسبب ، عند

اجتماعهما ، إلا إذا كان فعل المباشر ناشئا عن فعل المتسبب ومتولدا عنه<sup>(١)</sup> ، وقاعدة ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه ، وقاعدة إذا انتسب الضرر إلى فعلين أحدهما مآذون فيه والآخر غير مآذون فيه أضيف الضرر إلى الفعل الغير المآذون فيه<sup>(٢)</sup> . وقد أضاف الفقهاء الضمان عند تعدد الأسباب فيما تكشف عنه عباراتهم إلى السبب الأقوى في إنتاج الضرر أو إلى السبب الأقرب وقوعا أو إلى السبب الأول . وهذه المعايير كلها معايير تتسم بالمرونة وتترك للمجتهد حرية استقراء الوقائع وإسناد الضرر إلى فعل بعينه طبقا لقواعد المنطق والأعراف السائدة في التفكير . وقد صاغت بعض المذاهب قواعدهما في السببية على هدى من هذه المعايير العامة على حين ألزمت بعض المذاهب الأخرى أنفسها بقواعد تفصيلية لا تتسق مع القواعد المنطقية العامة وتتعارض مع المبادئ الشرعية فيما يكشف عنه التحليل التالي للمذاهب الفقهية .

**٢٣٨ - مذهب الأحناف :** يتفق الأحناف مع غيرهم في مسؤولية الإنسان عما يترتب على فعله من نتائج مباشرة لا يتدخل بينها وبين الفعل عامل آخر ، لأن القاعدة الشرعية أن كل نفس بما كسبت رهينة ، والمؤالة بين الفعل والضرر في الوجود دليل على إضافة الضرر لهذا الفعل بعينه . أما إذا تدخلت عوامل أخرى بين الفعل والضرر على نحو قطع النسبة بينهما في المؤلفات المعتاد بين الناس فإن السببية لا تنشأ . من ذلك ما ذكره الغزالي بأن من ضرب شخصا ضربة خفيفة ومات هذا الشخص بعدها فإن الضارب لا يكون مسؤولا عن وفاة المضرور ، ( فهذا لا يجعل سببا ، بل هو موافقة قدر )<sup>(٣)</sup> ، وإنما يعد مسؤولا عن الضرب وحده . ومن جنسه أن يضرب شخصا فيأق آخر ويجز رقبة بالسيف أو السكين فإن فعل الثاني يقطع فعل الأول الذي لا يسأل عن الموت وإنما يكون مسؤولا عن فعله ،

(١) القواعد لابن رجب : ص ٢٨ .

(٢) المنصلي : ١١٢ .

وهو الضرب ، ويختلف ذلك عما لو شهد شاهدان زورا على شخص بجناية قتل ، فحكم القاضي بالقصاص ، ورفض الأولياء جميعا العفو عنه ، ونفذ الجلاء فيه الحكم بالقصاص ، ثم أقر الشهود بزور شهادتهم ، فإن قُتلَ المقتص منه ظلما هو مباشرة الجلاء ، وتسبب رفض الأولياء العفو وحكم القاضي بالقصاص وشهادة الزور . وهذه الأسباب كلها متولدة عن شهادة الزور وناشئة عنها . على نحو لم يقطع نسبة الضرر إليها ، فتقع المسؤولية بذلك على صاحب السبب الأول في الوقوع وجودا ، وهم الشهود .

٢٣٩ - ويطلق الأحناف على فاعل السبب الأول في الوجود اصطلاح (صاحب السبب) ، وعلى الأخير المقارب للضرر (أو المباشر) اسم (صاحب العلة) . ومن الممكن أن يتعدد أصحاب السبب وأن يتوالى وقوعه منهم في الوجود كما لا يخفى في المثال السابق . وقاعدة الأحناف في إلقاء المسؤولية على صاحب السبب أو صاحب العلة أنه إذا أمكن إضافة العلة إلى السبب قامت مسؤولية صاحب السبب كما في المثال السابق ، وإلا وقعت المسؤولية على صاحب العلة . وفي ذلك يقول صلب الشريعة : ( اعلم أنه لا بد أن يتوسط بينه [ أى السبب ] وبين الحكم علة ، فإن كانت مضافة إليه كوطء الدابة شيئا ، فإنه علة لخلاكه ، وهذه العلة مضافة إلى سوتها وهو السبب . فالسبب في معنى العلة فيضاف الحكم إليه . فيجب الدية بسوق الدابة وقودها والشهادة بالقصاص إذا رجع ، لا القصاص عندنا .. ، لأنه جزاء المباشرة ، وشهادته إنما صارت قتلا بحكم القاضي واختيار الولي .

( وأن لم تكن مضافة إليه .. نحو .. أن تكون العلة فعلا اختياريا فسبب حقيقي لا يضاف الحكم إليه ، فلا يضمن .. من دفع إلى الصبي سكيناً بحسبه للدافع فوجأ به نفسه ، لأنه تخلل بين السبب ، وهو دفع السكين إلى الصبي وبين الحكم فعل فاعل مختار ، وهو قصد الصبي قتل نفسه . وإن سقط من يده [ الصبي ] فجرحه ضمن ، لأنه لم يتخلل هناك فعل فاعل مختار ، فيضاف الحكم إلى السبب وهو الدفع )<sup>(١)</sup> . وهذا النص يفيد المعنيين التاليين :

(١) التوضيح : (٧٠/٢١)

أولهما : أن المباشرة ، وهى ترتب الضرر على الفعل دون واسطة ، غير موجود فى الواقع العملى بمفهومه الحقيقى ، فإن الوفاة الناشئة عن إطلاق النار على شخص قد حدثت نتيجة الصدمة العصبية أو الهبوط الحاد أو ما إلى ذلك من علل ناشئة عن السبب ، وهو إطلاق النار . وهذا هو الذى يقصده صدر الشريعة بقوله : اعلم أنه لا بد أن يتوسط بين السبب والحكم علة .

والثانى : أن معيار إلقاء المسؤولية على صاحب العلة أو السبب تبعاً لإمكان إضافة الضرر إلى العلة وحدها أو السبب معيار غامض . يوضحه إلى حد ما أن الأحناف يلقون المسؤولية فى عدد من الفروع الفقهية على العلة دون السبب . ويمكن التمييز فى هذه الفروع فيما نص عليه الأحناف بين القسمين التاليين :

أولهما : أن تكون العلة فعلاً اختيارياً لإنسان أو حيوان أو طائر . من ذلك مثال دفع السكين للصبي إذا طعن نفسه بها ، بخلاف ما لو وقعت من يد الصبي حالة إمساكها للدافع ، إذ ينسب الضرر فى هذه الحالة لفعل الدافع ، لأنه لم تنقطع نسبتة بتدخل فاعل مختار . ومن جنسه أن يفتح قفص طائر فيهرب ويضيع ، فالفتاح للقفص هو صاحب السبب . وطيران الطائر هو العلة فى الضياع أو تلف المال فينسب لليلة وهى الطيران لا إلى السبب وهو فتح القفص . ومن ذلك فى الجنايات وضع السم فى الماء لمن يعزف الجاني تعوده على الشرب منه ، فإنه إذا شرب ومات أضيفت الوفاة إلى شربه ، وهو العلة ، لا إلى السبب وهو وضع السم فى الماء . ومن ذلك أن يدل أحد السارق على مال الغير فإذا سرقه كان اللص صاحب علة والدال صاحب سبب ، ويتقدم اللص فى المسؤولية على الدال لذلك .

والثانى : أن تستقل العلة عن السبب بحيث لا تلزم عنه ولا تعد نتيجة له . من ذلك أن من وضع حجراً فى الطريق أو ( جمرة فأزالتها الزيج عن عملها فأحرقت شيئاً لم يضمن الواضع )<sup>(١)</sup> ، لأن الرمي هى التى أزالها الجمرة أو الحجر عن موضعهما فينقطع فعل الواضع لهما ولا تلزمه النتيجة . ومن جنسه أن يضع شيئاً فى الطريق فتتفر الدابة منه ، فإن أصابت فى ثورتها أحداً لم يضمن الواضع ،

(١) جامع الفصولين : ١٢٢/٢ .

لأن الإصابة لا تضاف إلى فعله<sup>(١)</sup>. ولو حمل صيبا على دابة فهلك ضمن إلا إن ساقها الصبي بنفسه فلا يضمن ، لأن ( مباشرة الصبي تقطع عمل التسبب )<sup>(٢)</sup>. أما إن ضرب رجلا فسقط منه شيء وعزقت ثيابه فإنه يضمن كل ذلك ، لإضافة هذه الأضرار إلى فعله<sup>(٣)</sup>. لكن لو رفع شخص الحشيش الذي يغطي مجعدة ( الثلج ) فأذابتها الشمس لم يضمن في اتجاه المذهب الحنفي ، لأن رفع الحشيش سبب وفعل الشمس علة فيضاف التلف إلى العلة لا إلى السبب ؛ وقد ( تلف لا بفعله )<sup>(٤)</sup>. وفي جميع الضمانات أن من حل رباط دابة غيره أو فتح باب اصطبلها أو ققص طائر فطار الطير منه لم يضمن ، خلافا لـ محمد<sup>(٥)</sup>. ورأى محمد هو الأول بالقبول وإن صدرت الفتوى على مذهب الشيخين في أكثر الأحوال .

٢٤٠ - ويتجه على مذهب الأحناف في قطع السبب بتدخل علة مستقلة ، سواء كانت هذه العلة فعلا اختياريا أو نتيجة غير لازمة عن السبب الأمور التالية :

( أ ) أنه يؤدي إلى إفلات الجاني من المسؤولية عن فعله أو ضعف مجازاته به على نحو لا يتناسب مع علوانه . من ذلك أن القتل بالتسبب لا يوجب الكفارة ولا القصاص عند الأحناف ولا يتعلق به حرمان القاتل من الميراث ، وإنما يجب به الدية ، سواء قصد الجاني إلى القتل أو لم يقصد<sup>(٦)</sup>. ولو مرق وثيقة الدين فجحده المدين لم يضمنه الذي مرقها . ولا يختلف الحكم لو قصد إلى ذلك . ويأى العقل تبرير رفع عقوبات القتل العمد عن القتل بالسهم ورفع مسؤولية من قام بتنزيق وثيقة الدين بحكم أنهما صاحبا سبب لا علة .

(١) السابق .

(٢) السابق : ١١٤/٢ .

(٣) السابق .

(٤) السابق : ١١٦/٢ ، وجميع الضمانات : ١٥٣ .

(٥) السابق : ١٤٨ .

(٦) المفصلة : ١٥٩/٤ .

(ب) يخالف هذا المنهج اعتراف الشارع بالأسباب وتأثيرها بوجه ما في مسبباتها ، فالباء للنسبية في قوله تعالى : ﴿ وَنُودُوا أَنْ تَتَكَلَّمُ الْجَنَةُ أُورُشَلِيمُهَا بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾<sup>(١)</sup> ، وقضية تعليل الأحكام الشرعية لا تحتاج إلى مزيد بيان .  
ويسلم الأحناف بالأسباب وبنوران الأحكام الشرعية على أسباب وعلل معقولة المعنى ، لكنهم اعتقدوا أن المسؤولية لا يتحملها صاحب السبب البعيد مع وجود سبب أدنى إلى حدوث الضرر . لكن إنكار مسؤولية فاتح ققص الطائر ودافع السكين للصبى بحجة بعده في السببية مما يبلغ مبلغ إنكار التسبب بمفهومه المستقر في أذهان الناس وقطعهم في تلك الأحوال التي ينقطع فيها السبب بتدخل العلة التي حكم الأحناف باستقلالها .

(ج) يؤدى مذهب الأحناف إلى إلغا التبعة على مالم يعتبره الشارع أهلاً لها من القوى الطبيعية والحيوانات والطيور ، كما اتضح من الأمثلة السابقة . ويجب استبعاد هذه العوامل مطلق عند البحث في الأسباب المحتملة إسناد الضرر إليها والاكْتفاء برصد الأفعال الإنسانية بغية إسناد المسؤولية إلى أى من هذه الأفعال ، باعتبار أنها وحدها مناط هذه المسؤولية .

(د) يغلب على الظن أن المفهوم الفقهي للتسبب يختلط أحياناً بنظره الفلسفى ، وهم على حق لذلك من الناحية العقلية العامة في اعتقادهم أن حرارة الشمس هى سبب ذوبان الجعدة وأن المقتول بالسم هو الذى اختار شرب الكوب الذى وضع فيه السم . لكن الواجب ألا نخلط بين هذين المستويين في السعى إلى إقامة المسؤولية .

٢٤١ - ولعل دافع الأحناف إلى إيجاب استقلال السبب بالنتيجة واشتراط عدم تدخل أى عامل آخر مستقل بذاته هو التحرز من إلقاء المسؤولية على المعتدى الذى لم يستقل فعله بإحداث الضرر . ومن سمات المذهب الحنفى التوسع في تفسير الشك لمصلحة المدين أو التهم . ولنا نراهم يمنعون إجراء القياس في الحشود والكفارات<sup>(٢)</sup> . كما أنهم يضيقون مفهوم العمد أو الفعل الموجب

(١) الأعراف : ٤٣ .

(٢) تيسر الصحرى : ١٠٣/٤ .

للقصاص أكثر من سائر المذاهب الفقهية . ويتمتع الغاصب عندهم بحقوق لا ينعم بها في أى مذهب فقهي آخر . فالعقار والمنفعة مطلقا غير مضمونين بالغصب ، ولو بنى على الأرض المغصوبة لا يكلف الغاصب فى المذهب بهدم ما بناه إلا إذا كانت قيمة هذا البناء أقل من قيمة الأرض المغصوبة . أما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض المغصوبة فإن الغاصب يتغير بين الهدم وبين أخذ الأرض ودفع قيمتها لصاحبها . ومن جنسه ( ما لو غصب ساحة - أى خشية - وأدخلها فى بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم يقطع حق المالك عنها )<sup>(١)</sup> ويتفق بهذا تفهيد مسئولية صاحب السبب عند الأحناف باشتراط عدم تدخل غلة مستقلة عنه مع هذا الموقف العام الذى اتفقوا عليه فى تفسيرهم الشك لمصلحة المتهم ورعايتهم لحقوقه ومصالحه .

٢٤٢ - ويلو لى أن منتهج الأحناف فى التفريق بين صاحب السبب وصاحب الغلة ، وإضافة الضرر إلى الغلة من حيث المبدأ ما لم تكن متولدة عن السبب ، هو المسئول عما يرد على مذهب الأحناف أحيانا من مجافاة لما توجيه العدالة . ولذا يخرج الأحناف أنفسهم على هذا المنهج فى كثير من المسائل ، من بينها :

١ - السبب المعنوى للضرر : يوجب الأحناف ضمان الضرر الناشئ بفعل غير مادى كالنروع والتفريع والحبس ، إذا أضيف الضرر إلى هذا الفعل ، فمن صاحبه يصيب صيغة أفزعه ومات ضمن الصائغ ، وكذلك لو صاح بداية فجرت وضاعت ضمن الذى تسبب فى ذلك<sup>(٢)</sup> . ولو أدخل إنسانا بيتا وأغلق عليه الباب حتى مات جوعا فقياس مذهب أى خيفة أن الحائس لا يضمن ، لأنه صاحب سبب ، والغلة للموت هى المجموع ، وليست من فعله . ويخالف فى ذلك أبو يوسف وعبد قنبح الدية عندهما ، وروى قاضىخان عن محمد أن يعاقب الرجل وتجب الدية على عاقلته<sup>(٣)</sup> . ولو ضرب غيره فضاعت أمواله

(١) الأشبه والظاهر لأن السبب : ص ٨٨ .

(٢) جامع الضمانات : ١٧٢ .

(٣) السابق ، والبيان : ٢٣٥/٧ ، والتميز : ١٠١/٦ .

وثيابه ضمن الضرب وحده عند أئ حنيفة ويضمن الأموال والثياب فيما ذهب إليه الصحاحيان . والإفتاء في المذهب بكلا الرأيين فيما يفهم من تعدد الفتاوى المذكورة في مجمع الضمانات<sup>(١)</sup> . ولو نزع سن امرأة على نحو مفاجيء لم تتوقعه تعديا ( فتجن يوما ويقيم يوما فمحكومة عدل )<sup>(٢)</sup> .

٢ - الضمان بالسعاية : لو سعى أحد إلى سلطان أو قاض أو أية هيئة لها صفة قضائية فأغرم المشكور في حقه أو المدعى عليه ثم ظهر كذب الشاكى وأنه لم يكن محقا في شكواه أو لم يقصد بدعواه إقامة الحسبة فما غرمة المشكور منه أو المدعى عليه وما تضرر به مضمون على الشاكى أو المدعى . والسعاية الموجبة للضمان أن يقول شيئا هو سب لأخذ المال دون أن يقصد الحسبة بما قال ، فشمعل أن يقول فلان وجد مالا أو أصاب ميراثا أو رفع أمرا إلى الحاكم مما يغرم به المال . وإنما أفتى المتأخرون برأى محمد بن الحسن لغلبة السعاية في أزمانهم . وأبو حنيفة ، وأبو يوسف لا يوجبان الضمان على الساعى لأنه صاحب سب لا يتحمل تبعه ظلم السلطان وفعله<sup>(٣)</sup> .

٣ - الترك : يوجب الأحناف المتأخرون الضمان بترك ما أوجبه الشرع من تبصر وتحوط ، فلو أشعل النار في ملكه بطريقة مخالفة للمعتاد وتعدت النار إلى زرع جاره أو ملكه ضمن<sup>(٤)</sup> . ويضمن كذلك من سقى أرضه بما يزيد على المعتاد إن تسرب الماء إلى أرض الجار وأتلف ما فيها<sup>(٥)</sup> . وكذلك إذا سقط سرج الدابة أو بعض ما تحمله فأتلف شيئا ضمنه سائقها أو قائدها ، لتقصيره في شد الحزام أو الحمل<sup>(٦)</sup> . والضمان - فيما يبلو - في هذه الأمثلة هو قياس مذهب محمد بن الحسن . ولا يجب الضمان في قياس قول أئ حنيفة ، لأن الضرر

(١) السابق : ١٧٣ ،

(٢) السابق : ١٧٠ ،

(٣) السابق : ١٥٤ - ١٥٥ ، والفتاوى الغالية : ١١٦ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٦١ ما بعدها ، والمبسوط للسرعى : ٢٣/٢٧ ، وقد جاء فيه أن من أحرق حشائشه فاحتدت النار إلى الغير لا يضمن إلا عند المتأخرين .

(٥) السابق : ١٦٣ وما بعدها .

(٦) مجمع الضمانات : ١٨٦ .

ينسب إلى العلة وهي النار والماء أو غيرهما مما لا يضاف إلى صاحب السبب .

٤ - الصدمة العنسية : من فعل فعلا يؤدي إلى الإفراغ والترويع في العادة وإلى الإضرار كان فاعل هذا الفعل مسؤولا عما يتولد عنه . فمن جفر هرا ووقع فيه أحد الناس دون أن يصيبه شيء من السقوط فيه ، ولكنه مات من الفزع والخوف ، لم يضمن في قياس قول أبي حنيفة ، لأن العلة هي الفزع ولا يضاف ذلك إلى فعل الحافر ، بخلافه للصاحيين ، ففي مجمع الضمانات أن من سلم من السقوط في البحر ( ومات فيها جوعا أو غما لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : إن مات فيها جوعا فكذلك . وإن مات فيها غما بأن أثر الغم في قلبه .. فمات من ذلك ضمن الحافر . وقال محمد : يضمن الحافر في الوجوه كلها ، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البحر <sup>(١)</sup> ، فيضاف ذلك إلى فاعل صاحب السبب .

٥ - الإهمال المشترك : التاعلة الشرعية أن كل إنسان مسؤول عن فعله وعما يتولد منه . وقياس مذهب أبي حنيفة في إضافة الفعل إلى علته لا إلى سببه وقطع السبب بتدخل فعل فاعل مختار تقييد قاعدة مسؤولية الإنسان عن فعله . غير أن الفتوى في المذهب فيما يتعلق بمسائل الإهمال المشترك لا تدل على قبول هذا التقييد . من ذلك أنه لو كان ( صغيران يلعبان فصرع أحدهما صاحبه فانكسر فخذه ولم ينجر حتى لا يمكنه المشي فعلى أقرباء الصبي من جهة أبيه خمسمائة دينار <sup>(٢)</sup> . وإنما وجبت الخمسمائة دينار ، وهي نصف الدية ، لأن النصف الآخر يضاف إلى فعل المتضرر نفسه فيهدر . ووجوب الدية كاملة في مقابل إذهاب منفعة المشي . ومن جنسه ما لو استأجر رجل أربعة رجال ( يحفرون له هرا فوقعت عليهم من حفرهم ، ومات أحدهم ، كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، ويسقط ربعها ، لأن البئر وقع بفعلهم ، وكانوا مباشرين ، والميت مباشر أيضا فتوزع الدية عليهم أرباعا ، فيسقط ربعها ويجب ثلاثة أرباعها <sup>(٣)</sup> .

(١) مجمع الضمانات : ص ١٨٠ .

(٢) السابق : ١٢٠ .

(٣) السابق : ١٨٠ .

ويشبه هذا الحكم ما قضى به على رضى الله عنه في مسألة القامصة والواقصة والقارصة التي سلفت الإشارة إليها . وهناك مع ذلك أمثلة لبعض الفتاوى التي قضت بتجبع الضمان لتدخل الضرر بفعله ، مما يدل على وجود اتجاه في المذهب الحنفى إلى طرد العمل بمذهب الإمام في مسألة الإهمال المشترك أيضا . من هذه الأمثلة ما أورده صاحب مجمع الضمانات في ( رجل دفع إلى صبي سكيناً فضرب الصبي نفسه أو غيره بغير إذن لم يضمن الدافع شيئاً )<sup>(١)</sup> ، لانقطاع فعله ورجوع الضرر إلى فعل المتضرر . وعلى سبيل المقارنة فقد كان القانون الإنجليزى يحكم بنفى الضرر إذا تدخل المتضرر بفعله على نحو أسهم في إحداث النتيجة ، وذلك قبل صياغة مفهوم الإهمال المشترك Contributory negligence في أواخر القرن الماضى ، حسبما سلفت الإشارة إليه في المبحث التاريخى .

٢٤٣ - وبهذا فإن مذهب الإمام محمد بن الحسن في إضافة الضرر إلى السبب إذا كان مسبباً له في مجارى المعاداة قد أقدر فقه الأحناف على الخروج من الدائرة الضيقة التي رسمها إمامه لمفهوم السببية . غير أن الفتاوى في المذهب تستند إلى رأى أبى حنيفة أو إلى رأى محمد دون وضوح كاف مما يؤدى إلى غموض مفهوم السببية في هذا المذهب . من ذلك أن صاحب مجمع الضمانات يذكر على التوالى أن من ( حل قيد عبده أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قصص طائرته فذهب لا يضمن ) ، وذلك لأن الضياع مضاف إلى العلة لا إلى السبب . أما ( لو كان العبد المجنون مقيداً في بيت مغلق فحل رجل قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح ) . وكذلك : ( لو جاء رجل إلى حمار مشلول في سكة فحله فغاب الحمار لا يضمن وعن محمد أنه يضمن )<sup>(٢)</sup> . والحكم بالضمان في هذه المسائل اختيار لرأى محمد ، وبعدم الضمان إفتاء برأى أبى حنيفة . فليست لذلك لأهميته في قراءة مسائل الضمان في المذهب الحنفى .

(١) السابق : ١٧٢ .

(٢) مجمع الضمانات : ١٤٨ .

إن أبا حنيفة يطبق مبدأ التفريق بين العلة وبين السبب ، ويحكم بإضافة النتيجة إلى العلة ، إلا إذا كانت العلة ذاتها متولدة عن السبب على نحو لا يتخلف في المنطق . أما محمد بن الحسن فيحكم بإضافة النتيجة إلى السبب إذا كانت تنسب إليه في مجرى العادات . ومذهبه في ذلك قريب من مذهب المالكية .

#### مفهوم السببية عند المالكية :

٢٤٤ - يختلف المفهوم الفقهي للسببية في هذا المذهب عن مفهومها المنطقي أو الفلسفي أو الكلامي ، فمعيارها عندهم هو النظر إلى مجرى العادات والواقع العملي ، بحيث يعد كل امرئ مسؤولاً عما ترتب على فعله من نتائج تولدت عن فعله ، فحين فتح زق سمن جامد أو سائل أو حل قيد دابة أو فتح قفص طائر عدّ مسؤولاً عن ضياع السمن والدابة والطائر في مألوف الناس وأعرافهم . وفي ذلك يقول الشاطبي : ( إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المُتَسَبِّبُ أولاً ، لأنه لما جعل مسبباً عنه في مجرى العادات عدّ كئانه فاعل له مباشرة . ويشهد لهذا قاعدة مجرى العادات ، إذا جرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشيع إلى الطعام والإرواء إلى الماء والإحراق إلى النار والإسهال إلى السقمونيا وسائر المسببات إلى أسبابها . فكذا الأفعال التي تنسب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا . وإذا كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشارع في الأسباب الشرعية مع مسبباتها على ذلك الوزن <sup>(١)</sup> ) .

ويستدل الشاطبي على إسناد الشارع النتيجة إلى فاعل سببها وإن بدلت بعيدة عنه أحياناً بالعديد من النصوص الشرعية . من ذلك أن الشارع يكافئ من سن سنة حسنة بمثل أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، دون أن ينقص ذلك من أجر من عمل بها ، كما أن الشارع يعاقب من سن سنة سيئة بإلقاء وزرها عليه ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة . ومن جنس ذلك ما جاء في القرآن الكريم ﴿ أن من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس

(١) المرافعات : ٢١١/١ .

جميعاً (١) واعتدى على الحياة ذاتها ، وفي السنة أنه لا تقتل نفس ظلماً إلا كان على ابن آدم الأول كفل منّا ، لأنه أول من سن القتل . ولا يشترط فيما أوضحه الشاطبي علم التسبب بالتأثير لقيام مسؤوليته عنها ، ( فالفاعل ملزم لجميع ما ينتج ذلك السبب من المصالح أو المفاصل وإن جهل تفاصيل ذلك ) (٢) .

٢٤٥ - ويؤدي اعتبار التسبب مسؤولاً عن السبب في الخطأ الشرعي إلى إيجاب نظر المكلف فيما ينشأ عن فعله من مفاصل قد لا تحيط به لا سيما في أول وهلة فيؤاخذ بها بتقصيره في النظر الذي كلفه به الشارع . ويستشهد الشاطبي لذلك بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إن الرجل ليتكلم بالكلمة من سخط الله لا يلقى لها بالاً يهوى بها في النار سبعين خريفاً » . ومن جنسه ما ذكره الإمام الغزالي في كتاب الكسب من إحياء علوم الدين أن إنفاق درهم زائف أشد من سرقة مائة درهم ، لأن السرقة جريمة تمت وانقطعت ، أما إنفاق الزائف فإنه سبب لتردده في الأيدي فيعم ضرره ويتسع فساد (٣) . وبهذا فإن فاعل السبب مسؤول عما يؤدي إليه ، سواء علمه وقصده أم غفل عنه وقصر في إدراكه .

٢٤٦ - ومع ذلك فإن المسؤولية تنتفي عن التسبب إذا بذل غاية جهده ولم يقصر ، لأنه لا يكلف فوق طاقته ، بالإضافة إلى أن وقوع الضرر مع بذل غاية الجهد في التبصر والتحوص من النادر القليل الذي لا يعتد به . وفي ذلك يقول الشاطبي : ( إذا وقع خلل في المسبب نظر الفقهاء إلى التسبب هل كان على تمامه أم لا ؟ فإن كان على تمامه لم يقع على التسبب لوم . وإن لم يكن على تمامه يرجع اللوم والمؤاخذة عليه .. ألا ترى أنهم يضمنون الطبيب والحجام والطباخ وغيرهم من الصناع إذا ثبت التفريط من أحدهم ، إما بكونه غرّ من نفسه وليس بصانع ، وإما بتفريط . بخلاف ما إذا لم يفرط فإنه لا ضمان عليه ، لأن الغلط في المسببات

(١) الملحة : ٣٧ .

(٢) المرافعات : ٢١٣/١ .

(٣) السابق : ٢٢٨/١ .

أو وقوعها على غير وزن السبب قليل ، فلا يؤاخذ . بخلاف ما إذا لم يبدل الجهد فإن الغلط فيها كثير فلا بد من المؤاخظة (١).

٢٤٧ - ومن هذا يبدو اعتقاد المالكية بفهم السبب في إطاره العرفي العملي لا في إطاره النظرى المنطقى ؛ فالسبب عندهم هو الفعل الذى يؤدى إلى النتيجة ذاتها في مجارى العادات . وتتحصر مسؤولية الشخص بذلك في النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب الجرى العادى للأمر . أما ما كان من قبيل موافقة الأقدار كأن يضرب أحد غيره ضربة خفيفة فيموت فإن الضارب لا يسأل عن الوفاة ، لأنها ليست نتيجة متوقعة لفعله في العادة والمألوف . ويجب على المكلف النظر في نتائج فعله والتحوط من إيقاع الضرر بغيره ، فإن لم يفعل كان متعديا ونشأت مسؤوليته عن هذه النتائج . أما إذا تبصر في فعله ووقع الضرر مع ذلك مخالفا لتوقع المألوف للناس فلا ضمان ، لقلة وقوع الضرر مع التبصر ولعدم إسناد الضرر إلى فعله .

٢٤٨ - ويقترب فهم المالكية للسبب من نظرية ( السبب الملامم أو المناسب ) التى ظهرت حديثا في كل من ألمانيا وإيطاليا والتى تحظى بالقبول في التفكير القانونى الحديث . وتعد هذه النظرية نوعا من التطوير لنظرية السبب المنتج التى أسهم في صياغتها في ألمانيا كل من فون بار Von Bar وفون كريس Von Kries (٢). وتقضى نظرية السبب الملامم أو المناسب بأن المتعدى مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله بحسب الجرى العادى للأمر In the Ordinary course of things . ولا تنقطع علاقة السببية في هذه النظرية بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة ، لأنها تشكل الظرف العام الملامم لإحداث النتيجة . أما لوجدت عوامل غير عادية وتدخلت بين الفعل والنتيجة على نحو لا يمكن توقعها فإن المتعدى لا يسأل عما نتج بهذا التدخل . من ذلك أنه

(١) السابق : ٢٣٢/١ .

(٢) انظر علاقة السببية في المسؤولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ص ٤٨٠، ٤٨٣، وعلاقة السببية في القانون الجنائى للدكتور رؤوف عبيد ص ١٧ وما بعدها ط. دار الفكر العربى ١٩٧٤ ، والأحكام العامة في قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى : ص ٤٦٣ ، ط ١٩٦٣ ، وانظر أيضا Causation in the law: by H. L. A. Hart P. 68, 363 .

لو ضرب شخصا فجرحه وذهب المعتدى عليه إلى المستشفى للعلاج فانقلبت به السيارة في الطريق أو شب حريق في المستشفى بعد وصوله إليه فإنما يكون المعتدى مسؤولاً عن الجرح لا عن الوفاة . أما لو سرى الجرح إلى التلف لتلوثه أو لظروف صحة المعتدى عليه فإن الجاني يسأل عن القتل ، لكون ذلك من النتائج المحتملة أو التي ينبغي توقعها . وقد أخذ القانون الباكستاني بنظرية السبب الملازم فيما تدل عليه المادة ٢٢٩ والمادة ٣٠٠ من القانون الجنائي الباكستاني . وهو ما سار عليه القضاء المصري كذلك . فلا تنقطع رابطة السببية بخطأ المجنى عليه أو إهماله ولا بحوث المضاعفات الطبيعية للإصابة كالنزيف وتلوث الجرح<sup>(١)</sup> . وقد كان ينظر إلى خطأ المجنى عليه في القانون الانجليزي قبل صدور قانون Contributory Negligence Act عام ١٩٤٥ باعتباره سببا لنفي مسؤولية المعتدى ، ففي قضية Butterfield, v. Forrester التي ترجع إلى عام ١٨٠٩ وضع المدعى عليه قضية في الطريق فاصطدم به المدعى وأصيب ببعض الأضرار ، ومع ذلك لم تنص له المحكمة بتعويض ، بناء على أن الضرر ينسب إلى خطئه هو وليس إلى خطأ المدعى عليه . وفي قضية Davis v. Mann التي ترجع إلى عام ١٨٤٢ ترك المدعى حمارة مقيلا في الطريق فصدمه المدعى عليه ومات الحمارة من هذه الصدمة . فقضت المحكمة بمسؤولية المدعى عليه عن موت هذا الحمارة .

٢٤٩ - ومن تطبيقات مفهوم المالكية للسببية بحسب المجرى العادي للأمر أنهم يوجبون الضمان على من فتح قفص طائر فضاع ، بناء على أن فتح القفص هو السبب المألوف لضياع الطائر . ويخالف في ذلك الأحناف في الراجح من مذهبيهم ، بحكم أن الضياع بعلة طيران الطائر ، وهو مضاف إلى فعله لا إلى فعل الفاتح . وخالف في ذلك الشافعية فأوجبوا الضمان إذا طار الطائر من فوره أو إذا أمأجه الفاتح على الطيران ، لأنه يضاف عند ذلك لفعل الفاتح ، بخلاف ما إذا تلبث الطائر بعد الفتح فإن طيرانه يضاف إلى فعله ، لا إلى فعل الفاتح .

(١) السببية في القانون الجنائي للدكتور رؤوف عبيد : ص ٣٨٩ وما بعدها .

فلا يسأل عنه<sup>(١)</sup>. ومن جنسه تقطيع الوثيقة بالدين إذا جمعه المدين ولم يمكن إثباته بوسيلة أخرى، لأن من المحتمل أن يضيع الدين بتمزيق وثيقته فيضمنه الذي مزقها عند المالكية، والراجح عند الأحناف فيما لو حرق رجل صك رجل أو دفتر حسابه أنه يضمن قيمة الصك والدفتر مكتوبين<sup>(٢)</sup>. ومن ذلك الإلتلاف بسبب غير مادي كالكلية الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإنه يضمنه المتكلم. ويكفي الترك لإيجاب الضمان في المذهب المالكي شريطة أن يكون الفعل المتروك واجبا. فمن مر على حباله فيها صيد، ويقدر على تخليصه وحوزة لصاحبه، لكنه تركه حتى مات فإنه يضمن، وكذلك إذا مر بملقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يحمدها وجب عليه أخذها. وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها، لأن القاعدة الفقهية أن من ترك واجبا في الصون ضمن<sup>(٣)</sup>.

٢٥٠ - ويسأل المرء في المذهب المالكي عن النتائج المحتملة لفعله في مجاري العادات وإن تدخل شخص آخر بفعله؛ فالهارب الخائف إذا وطئ أو صدم شيئا في اندفاعه أثناء طلبه الهرب فلا ضمان عليه والضمان على الذي أخافه<sup>(٤)</sup>. ويضمن الفسار والقصار والكواء إذا أخطأ وافي إعطاء ثوب أحد إلى غيره<sup>(٥)</sup>. وكذلك لو أخفى مدينا عن دائئيه، وهو يعلم بما عليه، ثم أطلقه أو ساعده في الهرب من الدائئيين. وإنما يضمن مع أن الدين مسئولية المدين، لأنه تسبب في ضياع الدين بفعله<sup>(٦)</sup>. ومن جنسه أنه لو ركب شخصان دابة، وأصاب أحدهما، فإن الضمان على الراكب في الأمل، لأنه هو الذي يتولى القيادة فينسب الضرر إلى فعله، ولا يتحمل الذي في الخلف شيئا ما لم يتسبب

(١) الفرق للزناز: ٢٠٧/٢، والبحرة يمشي فتح المل مالك: ٣٤٩/٢، وملعب الشامية ل المهلب: ٣٧٤/١، وملعب الخبابة في المبدع: ١٩٠/٥ وما بعدها.

(٢) جميع الضمانات: ١٤٦.

(٣) الفرق: ٢٠٧/٢.

(٤) تصرة الحكم: ٣٥٥/٢.

(٥) السابق: ٣٤٤/٢.

(٦) السابق: ٣٤٩/٧.

في الضرر ، بضرب الدابة أو وكزها أو غير ذلك<sup>(١)</sup> . وما أصابه القلو التابع للدابة الأم في سيره مضمون على سائقها أو قائدتها أو راكبها في رواية في المذهب المالكي ، لنسبة ذلك إلى فعله<sup>(٢)</sup> . وكذلك لو أعطى ضييا دابة ليتسابق بها قتلغ الصبي أو جرح فضمان ذلك على الذي أعطاه الدابة<sup>(٣)</sup> . ويلتحق به الحكم بالضمان على من اتخذ كلبا في داره لمنع الناس من الدخول إليها أو في غنمه لمنع الناس من أخذها إذا أصاب الكلب أحدا<sup>(٤)</sup> ، لنسبة فعل الكلب إلى صاحبه .

والسببية بهذا علاقة مادية موضوعية قد لا يمكن الكشف عنها إلا بالرجوع إلى رأى أهل الخبرة ، كما في حكم المالكية بمنع استحداث بئر لأحد الأشخاص في ملكه إن أضر ذلك بئر قديمة فيما يراه أهل الخبرة<sup>(٥)</sup> .

والخلاصة أن المفهوم المالكي للسببية على النحو الذي حرره الشاطبي مفهوم واقعي يلتقي مع نظرية السبب المنتج وتطوراتها في التفكير القانوني .

#### المباشر والتسبب :

٢٥١ - المباشر والتسبب : ويفرق المالكية هم الآخرون بين المباشرة والتسبب . وهم يعبرون عن المباشرة أحيانا بالسبب ، إذ يعرفه القرافي بأنه ( ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط ) ، عل حين يعرف التسبب في السياق نفسه بأنه ( ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة ، كحفر البئر في محل عدوانا ، فيتردى فيه بهيمة أو غيرها )<sup>(١)</sup> .

ويعمل المالكية مبدأ تقديم المباشرة على التسبب في إطار مفهوم السببية القائم على النظر إلى مجارى العادات : ولذا تتضاعل أهمية التفريق بين هذين القسمين من

(١) السابق : ٣٥٣/٢ .

(٢) السابق : ٣٥٤/٢ .

(٣) السابق : ٣٥١/٢ .

(٤) السابق : ٣٤٧/٢ .

(٥) المحصرة : ٣٦٢/٢ .

(٦) القويك : ٢٧/٤ .

الناحية العملية في الحكم بالمسؤولية ، لأن المعيار هو النظر إلى العلاقة بين الضرر وبين الفعل أو السلوك الإنساني بناء على عرف الناس وفهمهم العام الذي يقابل ما أطلق عليه داباس وزميله Common Sense ، وهو ما يعد المعيار للحكم بالسببية في القانون الإنجليزي .

وتبعا لذلك فإن المكروه على الإلتلاف هو الذي يجب عليه الضمان في المذهب المالكي ، كما أن الذي يفتح الباب ضامن ما يأخذ به الضرر<sup>(١)</sup> ، لأن ضياع المال يضاف في العرف إلى فعله . ويجب القصاص على المكروه والمكروه عند المالكية ، لإضافة القتل إلى فعلهما ، ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب . المباشرة لقوة التسبب . والقصاص على المتسبب في تقديم السم لإنسان فيأكله جاهلا به مع أنه مباشر لقتل نفسه وواضع السم متسبب . وكذلك الحال في ( شهود الزور أو الجهالة فيشهدون بما يوجب ضياع المال على إنسان ثم يعترفون بالكذب أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلّفوه بشهادتهم ، ولا ينقص الحكم . ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر والشاهد متسبب ؛ فإن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه ، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهّد الأعيان في الولايات واشتد امتناعهم ، فيفسد حال الناس بعدم الحكم فكان الشاهد بالضمان أولى ، لأنه متسبب للحاكم في الإلزام والتفويض . وكما قيل : الحاكم أسير الشاهد<sup>(٢)</sup> .

٢٥٢ - مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة : يقترب مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة من مفهومه عند المالكية ، فعلى الرغم من تفريقهم كذلك بين المباشرة والتسبب ، وتعريفهم المباشرة بأنها ( إيجاد علة الهلاك ) والتسبب بأنها ( إيجاد علة المباشرة )<sup>(٣)</sup> ، فهذا التفريق إنما يعمل عندهم أيضا في إطار مفهوم السببية القائم على النظر

(١) Tort law P. 36

(٢) الفروق : ٢٧/٤

(٣) السابق : ٢٠٨/٢

(٤) الأشبه والنظائر للسوحي : ١١٢

إلى مجرى العادات . وتدل أحكام الفروع في هذين المذهبين على أن المعيار في إستاند السببية هو المألوف المعتاد في نظر الناس .

وتقريبا على ذلك فقد نص الشافعية على عدم ضمان الحاكم أو القاضي إذا أرسل رسولا إلى امرأة لاستدعائها إلى مجلس الحكم ، فماتت فزعا من هذا الاستدعاء ، ( لأن مثله لا يفضى إلى الموت )<sup>(١)</sup> عادة . وكذا لو دل أحد رسول الحاكم عليها ، وقد جاء يسألها عن أخيها أو مكان إقامته ، متبعا الواجب من ( التلطف في طلبها ) وإخبارها ، فإذا أجهضت مع ذلك ( اتجه عدم الضمان ، حيث لم يوجد من واحد منهما نحو إفراخ . ولو زاد الرسول في طلبه كذبا مهندا وحصل الإجهاض بزيادته فقد تعلق الضمان به ، كما لو لم يطلبها السلطان .. وينبغي أن يكون مثل ذلك إخبارها بموت ولدها أو زوجها )<sup>(٢)</sup> في وجوب التلطف في هذا الإخبار ، وإلا ضمن ، ولو ماتت بالإجهاض وإلقاء الجنين ضمن دينها ، ( لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم )<sup>(٣)</sup> .

٢٥٣ - ولا تنقطع علاقة السببية في المذهب الشافعي بتدخل عوامل خارجية بين الفعل والنتيجة ، متى كان الفعل من شأنه أن يؤدي إلى هذه النتيجة غالبا أو احتمالا ؛ فلو سبر الرهبان سفينة في ربح شديدة ، أو دون أن يكمل عدته من الرجال والآلات ، كأن كانت دفتها غير سليمة أو ما إلى ذلك فإن هذا الرهبان يضمن ما تسبب فيه من ضرر<sup>(٤)</sup> . ولا تنقطع السببية كذلك بإهمال المجروح في علاج جرحه ، ويجب القصاص إذا كان الجرح مهلكا بلماته وإلا لم يجب القصاص ، ونجس الدية<sup>(٥)</sup> ، ولو أكره شخصا على قتل فالقصاص على المكروه ، لأن الإلتلاف يضاف إلى فعله وهو الإكراه ، وكذلك يجب القصاص على المكروه

(١) حاشية الجمل : ٨١/٥ .

(٢) السابق .

(٣) السابق .

(٤) حاشية الشرقوي على فتح الطلاب بشرح تحرير فتح الباب لأبي يحيى زكريا الأنصاري ت :

٩٢٥ هـ ، بصور دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت : ٣٧٨/٢ .

(٥) معنى المحتاج للشرع : ٧/٤ .

في الراجح في المذهب ، لأنه قتل عمدا عدوانا لاستبقاء نفسه ، فأشبه ما لو قتل المضطر شخصا ليأكله ، فإن عليه القصاص أيضا<sup>(١)</sup> . ومن جنسه أن من تبع بسيف هاربا منه فانخسف به سقى في هربه أو وقع في ماء أو حفرة أو غير ذلك فالضمان على التسبب في الضرر<sup>(٢)</sup> . وكذلك لو حفر في ملكه حفرة وأذن لغيره بالدخول فبسط فعلى الحافر الضمان ، لأنه غرؤ ، ولم يقصد المضرور إهلاك نفسه فإحاطته على السبب الظاهر أولى في الراجح في المذهب<sup>(٣)</sup> .

ولو تعددت الأسباب فإن الضرر يضاف إلى أقواها في إيقاعه من حيث المبدأ . والأغلب أن يضاف ذلك إلى السبب الأول في التلف أو في إحداث الضرر لا في الوجود والزمان . توضيحه أنه لو حفر حفرة ووضع آخر حجرا عدوانا فعمد بهذا الحجر ووقع العائر بالثر فعلى واضع الحجر الضمان ، لأن التعثر هو الذي ألبأ إلى الوقوع في البئر ، وهو يعد بهذا السبب الأول للهلاك ، كما يعد الحفر سببه الثاني . أما لو كان الحفر هو الأقوى في التسبب ، كما لو حفر شخص عمدا ووضع فيه آخر حجرا أو سكيناً فردى فيه شخص فإن الحافر هو الضامن ، لأن الحفر أقوى السببين باعتباره الملجئ للوقوع على الحجر أو السكين<sup>(٤)</sup> .

٢٥٤ - ويتفق الخاتمة مع الشافعية في التفريق بين المباشرة والتسبب<sup>(٥)</sup> وفي إجراء السببية على أساس ما هو معتاد ومألوف بين الناس في الإسناد والنسبة . يدل على ذلك تعريفهم للقتل العمد بأنه الضرب بما يفضي غالبا إلى الموت ، مع الأخذ في الاعتبار بظروف الجاني والمجنى عليه ونوع الآلة<sup>(٦)</sup> . فلو أسقاه سماً أو خلطه بطعم فأكله من لا يعلم به ومات كان متعمدا ويجب عليه القصاص . ولا يشترط الخاتمة استقلال السبب بالنتيجة وعدم تدخل أى عامل

(١) السابق : ٩/٤ .

(٢) السابق : ٨٢/٤ .

(٣) السابق : ٨٣/٤ .

(٤) السابق : ٨٨/٤ .

(٥) القواعد لابن رجب : ٢٠٧ .

(٦) الإحصاف للبولاني : ٩/٤٣٦ ، ٤٣٧ .

آخر في إحداثها ؛ فهم يتفقون مع الشافعي في أن من صاح بصصى أو معتوه ، وهما في مكان مرتفع فسقطا منه على نحو أضر بهما ، فإن الصالح يضمن الضرر وينسب إلى فعله . وكذلك لو اغتفل الصالح عاقلا فصاح به وسقط من صياحه أو أصابه ضرر أن الصالح يضمن ما تسبب فيه<sup>(١)</sup> ويقتل المكروه والمكروه قصاصا في المذهب<sup>(٢)</sup> . وكذلك لو طلب إنسانا بسيف مجرد فهرب منه فوقع في شيء تلف به بصيرا كان أو ضريرا وجب على الذي طلبه ضمان الضرر<sup>(٣)</sup> . ويضمن الإنسان بذلك جميع النتائج المحتملة لفعله . ولهذا يضمن الاتخذ للصغير دية إذا أخذه فنهشته عقرب أو أصابته ضاعقة أو مات بمرض<sup>(٤)</sup> . وإن اشترك عدد من الناس في ارتكاب فعل أدى إلى الأضرار بأحد فالضمان عليهم ، كما لو رمى ثلاثة بمنجنيق أو مدفع فأصابته القذيفة أحدا فالضمان عليهم بالتساوي ، وعلى عاقلة كان منهم ثلث الدية<sup>(٥)</sup> . وإن قتل أحدهم بهذا الفعل كان من الإهمال المشترك ، ويلقى فعل نفسه ، وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية فيما رجحه عدد كبير من علماء المذهب الحنبل<sup>(٦)</sup> .

٢٥٥ - ولو تعددت الأسباب التي ينسب الضرر إليها فإن المسؤولية ترجع إلى أقوى هذه الأسباب في إحداث الضرر . ويتفق الحنابلة مع الشافعية في تضمين وأضع الحجر فيما لو حفز أحد برأ ووضع آخر حجرا ، ففعل به إنسان فوقع في البئر ، يحكم أن التعثر في الحجر هو الذي بدأ سلسلة الأسباب التي أدت إلى الضرر<sup>(٧)</sup> (٦) وكذلك لو كان أحد الفعلين المتسببين في الضرر من قبيل العدوان والآخر مأذونا فيه فإن الضمان يقع على المتعدى . من ذلك أنه إذا حفز برأ في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه ، أو وضع حجرا أو نصب شركا ،

(١) الإنصاف : ٤٤٦/٩ ، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ١٧٥/٧ ، والشرح الكبير لابن قدامة مع المتن : ٤٨٧/٩ .

(٢) الإنصاف : ٤٥٣/٩ ، وحاشية الروض المربع لابن قاسم : ١٨٢/٧ ، والمغنى مع الشرح : ٣٣٠/٩ .

(٣) الإنصاف : ٣٢/١٠ .

(٤) الإنصاف : ٣٣/١٠ .

(٥) الإنصاف : ٣٩/١٠ .

(٦) الإنصاف : ٤٠/١٠ .

(٧) الإنصاف : ٣٤/١٠ .

ودخل آخر إلى الملك بدون إذن فما أصابه من ذلك هدر ، لنسبة تضرره إلى علوانه هو ، وفعل المرء في نفسه هدر لا يوجب ضماناً<sup>(١)</sup> . ومن ذلك أنه لو ترك الساكن في الدار درجة مكسورة من الدرج الداخلى لهذه الدار ، ودخل إليها أحد دون إذن ، فأصيب أثناء صعوده على الدرجة المكسورة لم يجب الضمان لإستناد الضرر إلى تعديه .

ويوجب تطبيق مبدأ نسبة الضرر إلى السبب الأقوى عند تعدد الأسباب أن يحكم بالضمان على صاحب السبب الأقرب إلى حدوث الضرر زماناً . فلو ( كان زق فيه مائع ، وهو واقف ، فحل وكاهه إنسان وأماله الآخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما )<sup>(٢)</sup> . ويشبهه مالو . ( قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمّانه على عاقلة الذي قدمه ، لأن الرامي كالخافر ، والذي قدمه كالمدافع فكان الضمان على عاقلته )<sup>(٣)</sup> . والنظر بذلك إنما هو إلى السبب الأقوى في حدوث الضرر .

٢٥٦ - والترك كالفعل في إيجاب الضمان عند الخنابلة إذا انتسب الضرر إليه . ولذلك فإن من اضطر إلى طعام أو شراب لغيره فطلبه منه ففتمعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لأنه امتنع عن أداء ما وجب عليه ، فالمضطر باضطراره صار أحق بالمال ( بمن هو في يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه ، كما لو أخذ طعامه وشرا به فهلك بذلك )<sup>(٤)</sup> . وقد تخرج عليه بعض الخنابلة أن ( كل من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة فلم ينجّه منها مع قدرته على ذلك أنه يجب عليه ضمانه قياساً على ما إذا طلب الطعام فمنعه إياه مع غناه عنه حتى هلك )<sup>(٥)</sup> . وخالف في هذا الإلحاق بعض الخنابلة . ويحمل ابن اللحام الخلاف في ذلك على الخلاف .

(١) الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة : ٤٨٨/٩ .

(٢) السابق : ٤٨٨/٩ .

(٣) السابق : ٤٨٦/٩ .

(٤) السابق : ٥٠٢/٩ .

(٥) السابق : والإصناف للمريوطي : ٥٠/١٠ وما بعدهما .

في وجوب الفعل محل الترك ، ناسبنا هذا التفسير إلى غيره ، ممن وقف ( على كلامه ، وخص الحكم بالإنسان )<sup>(١)</sup> . ولكن ابن اللحام يرجع تعدية هذا التفسير ( إلى كل مضمون إذا أمكنه تحليصه ) ، وهي مسألة المرور على الصيد في الأحبولة في الفقه المالكي والحنبلي . وقد ذكر بعضهم أنه إذا ( اضطرت بهيمة الأجنبي إلى طعامه ولا ضرر يلحقه بذلك حتى ماتت فإنه يضمنها )<sup>(٢)</sup> . وقد استند واضعوا مشروع المعاملات المدنية المصرية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلى كل من المذهب المالكي والحنبلي في إلحاق الترك بالفعل في إيجاب الضمان إذا كان الفعل المتروك واجباً ويمكن أدائه دون ضرر يلحق التارك . ولهذا لو مر الطبيب على مصاب في حادثة وكان يمكن للطبيب أن يؤدي واجبه في إسعاف هذا المصاب ، وتعين ذلك على هذا الطبيب ، وتركه حتى مات فإن الطبيب يضمن . وكذلك لو رأى سباح شخصاً يفرق وكان بوسعه إنجازه دون ضرر يلحق به ، فتركه حتى مات فإنه يضمنه .

٢٥٧ - ويتضح في الفقه الحنبلي كذلك مبدأ وجوب الضمان بالصدمة العسية . وقد قرر الحنابلة أيضاً هذا المبدأ في مسألة من أسقطت بطلب سلطان أو تعديده ، سواء كان طلبها لحق لله أو لآدمي ، وسواء ماتت من الفزع عند الوضع أو من غير وضع أو ذهب عقلها من ذلك فإن السلطان يضمنها ويضمن جنيتها . وقد روي في ذلك أن جبر بن الخطاب رضى الله عنه بعث إلى امرأة مغنية كان رجل يدخل عليها ، فكانت تقول وهي في طريقها إليه : يا ويلها ما لها ولعمر ، فيبها هي في الطريق إذ فزعت فضر بها الطلق فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحيتين ، ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على ، فأقبل عليه عمر ، فقال ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فأخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك . إن ديتك عليك ، لأنك أفرعتها

(١) التواعد والموالد الأصولية : ص ٦٣ .

(٢) السابق : ٦٣ .

فألقته ، فقال : عمر أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قدمك<sup>(١)</sup> .  
ولو ماتت المرأة فزعا وجبت ديتها . وخالف الشافعي في ضمان المرأة إذا ماتت  
فزعا ، لأنه ذلك ليس بسبب هلاكها في العادة ، ويوافق في ضمان الجنين إذا ألقته  
فزعا ، لأن الإزعاج سبب لإلقاء الجنين في مجرى العادات .

ويرد ابن قدامة مذهب الشافعي في ذلك بما يوضح مذهب الحنابلة  
في النظر إلى السببية ، فيذكر أنه لا يشترط للضمان أن يكون الفعل سببا لحدوث  
الضرر في العادة ، وإنما يكفي أن يلام السبب النتيجة ، ولا فرق لذلك في إيجاب  
الضمان بين أن يفزع امرأة تموت أو يضرها فتصوت ، إذ لا يعتبر ( في الضمان  
كونه سببا معتادا ، فإن الضرر والضررين بالسوط ليست سببا للهلاك في العادة ،  
ومنى أفضت إليه وجب الضمان )<sup>(٢)</sup> .

٢٥٨ - النظريات القانونية في السببية : أظهر التفكير القانوني عددا  
من النظريات في تقدير مفهوم السببية ، أهمها :

١ - نظرية السببية المباشرة . وتقضى هذه النظرية بالآ يسأل المعتدي  
إلا عن النتائج التي حدثت بفعله هو ، دون تدخل عوامل أخرى تقطع رابطة  
السببية بين الفعل والنتيجة . وتفريعا على ذلك تنفى مسؤولية السائق الذي ترك  
أهوب سيارته مفتوحة في الطريق ، فأغدها شخص وقادها بسرعة ، وسلم  
بها شخصا نتيجة لذلك . وكذلك فإن من جرح شخصا ، ثم سرى الجرح بتلونه  
إلى الوفاة ، لا يعد مسئولا إلا عن الجرح . وكذلك لو أصاب شخص ( آخر  
بجرح فأجرى له الطبيب جراحة ، توفي المريض على أثرها نتيجة امتصاص الجسم  
عصارة غذائية ، فإن الجاني لا يسأل عن الوفاة ، لأنها حدثت بفعل المجنى عليه  
نفسه . وهذا الاتجاه أنسب للتطبيق في الجنايات ، لا في الضمانات التي لا يشترط  
فيها كون فعل الجاني سببا معتادا للنتيجة أو الضرر<sup>(٣)</sup> .

٢ - نظرية تعادل الأسباب : يرى أصحاب هذه النظرية أن النتيجة تنشأ

(١) كشاف النباغ : ١٦/٦ ، والشرح الكبير لابن قدامة مع المصنف : ٥٠٤/٩ .

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة : ٥٠٥/٩ .

(٣) السببية في القانون الجنائي للتكرير ريتوف عبيد : ص ١٣ .

من تضافر عدد من العوامل المتساوية في القوة والتأثير في إيجاد هذه النتيجة .  
يكشف عن هذا التساوى أن غياب أحد هذه العوامل يؤدي إلى غياب النتيجة .  
وترجع هذه النظرية إلى ستوارت مل Stuart Mill الذي عرف السبب بأنه  
مجموع القوى والعوامل التي أثرت في إحداث الظاهرة . وكان يرى أن السببية  
هي العلاقة الضرورية بين السبب والنتيجة . ولا تبعد تحليلات فون بيري Von  
Buri للسببية عن ذلك . وتدل آراؤه التي نشرها في الفترة ما بين ١٨٦٠ -  
١٨٨٥ على مذهبه القاضى بأن كل ظاهرة تنشأ من اجتماع مجموعة من العوامل  
المتعددة في آن واحد أو على التعاقب ، وأن غياب أى منها يؤدي إلى غياب  
النتيجة . وإنما تبدأ هذه النظرية من النشاط الإنساني ، باعتبار أن الهدف منها  
هو إلقاء المسؤولية على شخص أو آخر ، فالأشخاص هم الذين تتطابق بهم المسؤولية دون  
غيرهم من الحيوانات والجمادات وسائر العوامل الطبيعية ، وباعتبار أن هذا  
النشاط الإنساني هو العامل الذي يؤدي إلى تنابع العوامل الأخرى وتواليها  
في الوجود على نحو يؤدي إلى إحداث النتيجة النهائية . ويرى ذلك مسؤولة  
المعتدى عن النتيجة وإن توسطت بينها وبين هذا النشاط عوامل أخرى طبيعية  
أو إنسانية ، سواء كان تدخل هذه العوامل معتادا أو شاذا نادرا . ولذلك  
لو أحدث شخص إصابة بآخر ، نقل على إثرها إلى المستشفى ، فشب بالمستشفى  
حريق أدى إلى وفاة المصاب فإن المعتدى يسأل عن الوفاة لا عن الإصابة  
وحدها . ولو انقلبت به سيارة الإسعاف في الطريق أو اصطدمت بسيارة  
أو احترقت في حادثة ، مما أدى إلى وفاة المصاب . فإن المعتدى يكون مسؤولا  
عن وفاته . لكن لو اعتكف المصاب بعد الإصابة في بيته أو خرج للترجمة ومات  
في حريق أو حادثة فإن الجاني لا يكون مسؤولا عن ذلك ، وإنما يسأل عن  
الإصابة وحدها<sup>(١)</sup> .

٣ - نظرية السبب المنتج : سبقت الإشارة إلى ظهور هذه النظرية  
في التفكير القانوني الألماني على يد كل من فون بلي وفون كريس وأن تعريف

(١) السابق ص ١٩ وما بعدها ، ومقالة السببية في القانون المدق للكثير عبد الرشيد مأثور ص ٩  
وما بعدها .

السبب في هذه النظرية هو الفعل الإنساني الذي يؤدي إلى النتيجة نفسها في أية ظروف مماثلة . وتقترب هذه النظرية من مفهوم السبب ( العادى أو العرفى ) الذى عبر عنه الشافعية أوضح تعبير . ولذلك فإن من ضرب طفلا أو مريضا بعضا تؤدي إلى وفاته في العادة كان مسئولاً عن قتله عمدا . وكذلك من يقدم سما لشخص أو يضره بسكين ، حيث يؤدي ذلك في العادة إلى الوفاة بمعاونه العوامل الطبيعية المختلفة . ويجب الاقتصار في العوامل الطبيعية التي تحدد تأثير الفعل الإنساني والنتائج المترتبة عليه بتلك العوامل التي كانت معروفة للفاعل أو التي كان عليه أن يعرفها وقت ممارسته لفعله . أما العوامل التي تدخلت في مجرى السبب في اللحظة التالية على القيام بالفعل فيجب ألا تدخل في الاعتبار . من ذلك أن من يشعل نارا في حقله تهب الرياح وتقلها إلى أرض الجار ، أو يقود السفينة في وقت مناسب لذلك ، ثم تهب الرياح وتغرقها ، فإنه لا يكون مسئولا في كل ذلك ، لأنه مما لا يمكن توقُّعه ولا الاحتراز منه<sup>(١)</sup> .

٤ - أما نظرية السبب الملائم أو المناسب التي حظيت بقبول عام في التفكير القانوني المعاصر فليست إلا تحويرا لنظرية السبب المنتج . وتقضى نظرية السبب الملائم بأن الجاني أو المتعدى مسئول عن النتائج المحتملة أو المتوقعة لفعله وإن لم تتكرر النتيجة نفسها عقب هذا الفعل في الظروف المماثلة . ولذلك فإنه إذا ضرب شخصا سوطا أو سوطين فمات عقب ذلك عد مسئولا عن القتل ، وإن لم يكن مثل هذا الضرب سببا للموت عادة . والعبرة تبعا لهذه النظرية بكون النتيجة ممكنة ومحتملة للفعل دون تدخل عامل شاذ في مجرى العادة يقطع رابطة السببية بين الفعل والنتيجة . من ذلك أن يحترق المستشفى الذي انتقل إليه المصاب أو تحطم سيارة الإسعاف التي تنقله في حادثة ، فإن الجاني لا يكون مسئولا إلا عن الإصابة لا عن الوفاة ، وإذا كان تقدير إمكان النتيجة واحتمال

(١) حاشية السببية في القانون المدني للكثير عبد الرشيد أمين ص ٣٢ وما بعدها ، والسببية في القانون الجنائي للكثير يوف عبيد ص ١٧ وما بعدها ، والأحكام العامة في القانون العقوبات للكثير السيد مصطفى ص ٤٦٣ طبعة سنة ١٩٦٣ م .

وقوعها أمراً تحكيمياً فقد حاول البعض إقامة إسناد السببية على معيار موضوعي ذى جانبين ، أولهما : إيجابى يتمثل فى اشتراط إثارة النشاط الإنسانى للعوامل الطبيعية على نحو أدى إلى الضرر ، والثانى : سلبى يتمثل فى عدم إمكان إسناد هذا الضرر إلى عامل آخر غير هذا النشاط . ويقترب ذلك من مفهوم السبب فى المذهب المالكي والحنبل .

٢٥٩ - السبب القريب Proximate والبعيد Remote فى القانون الانجليزى : نهج التفكير القانونى الانجليزى نهجا خاصا فى بحث علاقة السببية على الرغم من تأثر هذا التفكير بغيره فى النظر إلى هذه العلاقة . ويتألف هذا النهج من المعانى التالية : .

- يشترك الكاتبون فى هذا المفهوم فى تقدير صعوبته والتعبير عن غموض دلالاته على الرغم من أهميته فى إلقاء المسؤولية ورسم حدودها ، فالمعتدى إنما يجب عليه تعويض المتضرر بتعبير سالmond ليس بصفته جهة تأمين عن الأضرار التى تلحقه ، وإنما بصفته مسئولاً عن أعماله ونتائجها المتولدة منها<sup>(١)</sup> .

- يفتقر المفهوم الفلسفى أو المنطقى للسببية عن مفهومها القانونى الذى يعتمد على الإحساس العام Common sense والنظر إلى التوالى والتعاقب بين الفعل والنتيجة واقتراحهما فى الزمان بهدف تعيين العامل أو النشاط الذى أدى إلى حدوث الضرر ، والذى لم يكن هذا الضرر واقعا بدونه .

- لم تنهياً قواعد قانونية جامدة للكشف عن علاقة السببية فى المواقف العملية المتنوعة ، وهناك بدلا من ذلك معايير معاونة للربط بين النتيجة وبين عامل من العوامل لتيسير إقامة المسؤولية وضبطها فى مواقف جزئية عديدة .

- من أهم هذه المعايير معيار ( بدون But for ) الذى يتعلق باستبعاد العوامل التى لا تدخل لها فى إيقاع الضرر والتأكد من ذلك بالتساؤل عن إمكان وقوع الضرر بدونها . توضحه قضية Barnett v. Chelsea and Kensington

(١) Salmoud on Juris prudene, 21<sup>st</sup> edition P.361.

Hospital Management Committee التى حكم فيها عام ١٩٦٩ ، حيث تقدم أحد المرضى إلى المستشفى ، وعرض نفسه على أحد الأطباء فيه فأحاله على طبيبه المعالج ولم يتم بالكشف عليه ولا بالتأخذ ما يلزم لتشخيص حالته . وقد مات هذا المريض بعد خمس ساعات من عرضه نفسه على هذا الطبيب ، وأثبت الفحص الطبي بعد ذلك أنه كان يعاني من تسمم كان سيودى بحياته ، سواء أهتم الطبيب بحالته أو أهمل فيها ، لأن تحديد سبب معاناته لم يكن ليتم قبل انقضاء هذه الساعات الخمس . والسؤال الذى يوضح إعمال هذا المعيار هو : هل كان هذا المريض سيموت بدون وقوع إهمال هذا الطبيب ؟ ولأن الإجابة بنعم فقد حكمت المحكمة بعدم تسبب الطبيب فى الوفاة وعدم مسئولية نتيجة لذلك<sup>(١)</sup> .

ومن جنسه قضية JEB Fasters ltd. V. Marks, Bloom & Co التى حكم فيها عام ١٩٨٣ . وفى هذه القضية وقعت مغالاة من جانب المدعى عليهم فى تقديم قيمة غزوة شركة معروضة للبيع ، وقدموا تقريرهم عن ذلك إلى المدعين الذين كانوا قد عقدوا العزم على شراء هذه الشركة . لكن هذه الصفقة قد ألحقت بهم خسائر مالية بالغة وقد استندت المحكمة إلى هذا المعيار فى حكمها بعدم التعويض بناء على هذه الخسائر كانت ستقع بدون خطأ المدعى عليهم ، لتصميم المدعين على شراء الشركة . ولا يعمل هذا المعيار لنفى المسئولية واستبعاد بعض العوامل ، وإنما يعمل أحيانا بصفة إيجابية لإلقاء المسئولية على صاحب نشاط معين ، ما كان يقع الضرر بدون تدخله<sup>(٢)</sup> . من ذلك أنه فى قضية Rouse -v. Squires (١٩٧٣) أغلق سائق إحدى الشاحنات الطريق بسوء قيادته وإهماله ، وفى هذه الأثناء أراد راكب إحدى الدراجات البخارية التى كان يقود بسرعة فائقة التوقف لتضادى الاصطدام بالشاحنة فانزلت الدراجة إلى أحد جانبي الطريق وقتلت شخصا كان واقفا آنذاك ، فحكمت المحكمة على قائدى الشاحنة والدراجة بتحمل التعويض ، لأن الضرر ما كان يقع بدون نشاط أى منهما وقعه<sup>(٣)</sup> .

- يجب إهمال هذا المعيار إذا تعارض إعماله مع مقتضيات الإدراك العام

(١) Hepple and Mathews on Tort P. 245

(٢) Das P. 69

(٣) السابق

Common Sense ، وذلك في حالتين ، أولاهما أن يفضى تطبيقه على نحو آلى إلى نفي المسؤولية عن الفعل ، كما لو أشعل إثنان النار في مخزن ، فإن النتيجة ، وهى الاحتراق ، كانت واقعة بدون تدخل الأول ، كما أنها كانت ستقع بدون تدخل الثاني ، ويعنى ذلك نفي المسؤولية عن كل منهما ، فيجب إهمال تطبيق هذا المعيار . والأخرى أن يتعذر الاستناد إليه في الواقع العمل ، كما في قضية Oliver v. Mills ( ١٩٢٦ ) : ففى هذه القضية اشترك لاعبان في إطلاق النار من بندقتين متماثلتين ، فأصاب مقلوب نارى واحد عين أحد الأشخاص ودخلت فيها . وإذا لا يمكن استبعاد فعل أحد هذين اللاعبين فقد أضيفت المسؤولية إليهما معا<sup>(١)</sup> .

- ومن المعايير التى يستند إليها في اكتشاف علاقة السببية معيار توقع Forseeability تدخل عامل من العوامل الطبيعية أو البشرية بين الفعل والنتيجة . وليس هذا المعيار إلا تطبيقاً لمبدأ مجاوزة المعتاد Unreasonableness ، فإنه إذا كان هذا التدخل محتملاً ولم يتخذ الشخص التدابير اللازمة لمنع كان سلوكه مخالفاً للمألوف المعتاد ويضمن لذلك . ولذا فقد حكم بضمأن المدعى عليه في قضية Stansbie v. Troman مجرد تركه الباب الخارجى مفتوحاً بعد التنبيه عليه بإحكام لإغلاقه على الرغم من أن اللص هو الذى أخذ المال متعمداً .

- تنقطع رابطة السببية بين الفعل البشرى والضرر بتدخل فعل فاعل مختار أو عامل من العوامل الشاذة التى لا يمكن توقع حدوثها عقب هذا الفعل ، كالزلازل والبراكين . أما العوامل القائمة وقت الفعل أو قبله فلا تقطع رابطة السببية ، كما في قضية Re Polemis ( ١٩٢١ ) . وموضوع هذه القضية أن عاملين على ظهر سفينة ألقيا بشيء من الإهمال قطعة حديد في مكان معبأ بأبخرة بترولية ، وهما لا يعلمان شيئاً عن وجود هذه الأبخرة ، وقد اشتملت هذه الأبخرة من الشرارة الناشئة عن اصطدام قطعة الحديد بالأرض ، مما أدى إلى احتراق السفينة . ومع أن وجود هذه الأبخرة أمر نادر فإنه لا يقطع رابطة السببية لوجوده

(١) السابق : ص ٧٠ ، والحكم في الفقه الإسلامى هو ذلك بتطبيق قاعدة لا يظلم دم في الإسلام ، طبقاً لرأى الأستاذ المذكور حسين حامد حسان في حديث له مسمى في مسألة مشابيه ، ولأن إضافة الضمان إلى فعل أحد منهما ليس يؤول من الآخر فيشتركان في مجمله .

قبل الفعل زماناً . وهو لا يقطع السبب لهذا<sup>(١)</sup> . وهنا هو أساس المبدأ القاضى  
 بوجوب أخذ المصاب على علته عند إصابته Tortfeasor takes his victim  
 as he finds him ، سواء كان مريضاً أو ضعيفاً أو عنده حساسية من بعض  
 الأدوية كالبنسولين ، بحيث إذا أعطاه الطبيب هذا الدواء دون تبصر ومات فإنه يعد  
 مسؤلاً عن ذلك . وبهذا الحكم الصادر فى قضية Wagon Mound على أن  
 الاتجاه فى القانون الانجليزى قد تغير عن ذلك قليلاً ، وأصبح تدخل العوامل  
 الشاذة أو النادرة الوقوع بين الفعل والضرر قطعاً لعلاقة السببية ونفياً للمسئولية  
 الفاعل ، سواء كان هذا التدخل قبل الفعل أو بعده<sup>(٢)</sup> .

— وفى هذا الإطار فإن السبب القريب Proximate Cause هو الذى  
 ينسب إليه الضرر دون تدخل بينهما ، أو إلى نتيجة من نتائج المتولدة منه والتي  
 يمكن للمرء العاقل أن يتوقعها<sup>(٣)</sup> . ويشمل السبب القريب فى هذا الاصطلاح  
 كلا من المباشرة والتسبب فى الاصطلاح الفقهي . وبهذا فإن وصف السبب  
 بالقريب لا تعلق له بمعنى الزمان أو ترتيب وجوده ، وإنما يستحق هذا الوصف  
 بالنظر إلى معنى التأثير فى النتيجة<sup>(٤)</sup> . ويختلف الفهم الذى قدمه الدكتور  
 عبد الرشيد مأمون للسببية فى القانون الانجليزى عن ذلك ، إذ يتصور أن السبب  
 القريب الذى تتطابق به المسئولية فى هذا القانون هو السبب الأخير من النتائج  
 الزمنية ، لأن ( هذا الخطأ الذى حدث فى اللحظة السابقة على وقوع الضرر  
 هو الذى جعل هذا الضرر أمراً محققاً ، وقبل وقوع هذا الخطأ كان من الممكن  
 تجنب الضرر . ومن أجل تضييع هذه الإمكانية تكون مساءلة المضرور )<sup>(٥)</sup> .

— أما السبب البعيد Remote Cause فهو ذلك العامل الذى انقطعت  
 رابطة السببية بينه وبين الضرر لعدم تأثير هذا العامل فى حدوثه . وإنما يوصف

(١) Remedies of English law, by Lawson, 2nd ed. P. 80-83 and Salmond on Jurisprudence P. 365.

(٢) Remedies of English Law P. 84-86

(٣) Ahsan Suhail Anjum, The Pakistan Penal Code, Lahore 1982, P. 227

(٤) Words and Phrases Legally Defined: 4/215

(٥) علاقة السببية فى المسئولية المدنية : ص ٧٣ .

الضرر بالبعد Remoteness إذا لم يكن في الوسع توقع Forseeability هذا الضرر . ولعل في قضية Redex v. Collins ما يوضح أثر عدم التوقع في اعتبار القعل غير مؤثر في إحداث الضرر . ففى هذه القضية ترك المدعى عليه ( Collins ) سيارته في موقف السيارات محكما بإغلاقها ، نأسيا المفتاح في فتحة تشغيلها . لكن أحد الصبية رأى المفاتيح فأغراه ذلك بكسر الزجاج الجانبي لدخول السيارة . وما إن حرك المفتاح قليلا حتى قفزت السيارة وصدمت أخرى كانت أمامها . فرغ صاحبها الأمر إلى القضاء مطالبا صاحب السيارة التى صدمته بالتعويض . لكن الحكم جاء بإلقاء المسؤولية عى عاتق الصبي نفسه شريطة إدراكه وكونه ذا مال ، وإلا فإن المسؤولية ترجع إلى والد الصبي . وإنما حكم بنفى مسؤولية صاحب السيارة الذى ترك مفاتيحها لانتقطاع العلاقة بين فعله وبين حدوث الضرر ، حيث إنه لا يستطاع توقعه . وفي قضية Manchester Corporation v. Markland انفجر أنبوب من خطوط المياه التابعة لشركة مانشستر ، وظلت المياه تتسرب منه إلى الشارع ثلاثة أيام ، حتى تجمعت بركة صغيرة من المياه تجمدت من أثر البرد في اليوم الثالث . وفي هذا اليوم انزلقت سيارة وانحرفت بصاحبها تجاه أحد المارين فضلصته صدمة أدت إلى وفاته . ولما رفعت أرملةالفقيد الأمر إلى القضاء ضد كل من سائق السيارة وشركة مانشستر جاء حكم المحكمة بإلقاء المسؤولية على الشركة ، لأن من المتوقع أن يؤدي الإهمال في ملاحظة خطوط المياه إلى حدوث مثل هذا الضرر .

٢٦٠ - المقارنة : تجنب الفقهاء المسلمون الفهوم الفلسفى والكلامى للسببية في بحثهم لمفهوما الفقهى الذى يهدف إلى إقامة المبدأ الشرعى القاضى بمسؤولية كل امرئ عن فعله وعما تولد عنه من نتائج . وقد وفقوا لهذا على وجه العموم في صياغة مفهوم السببية صياغة منطقية عملية . ولعل صياغة المالكية لهذا المفهوم قريبة من عناصر نظرية السبب المنتج في التفكير القانونى ، كما يقترب تصور الحنابلة لهذا المفهوم من التصور الذى أخذ به أصحاب نظرية السبب الملائم أو المناسب . ويفرق الزنجاني من الشافعية بين الأسباب القريبة والبعيدة ناسبا الحكم إلى السبب القريب دون البعيد عند اجتماعهما . وعبارته في ذلك : ( والقول الجامع من هذا الجنس أنه مهما اجتمع في محل الحكم وصفان ظاهران متعاقبان

يصلح كل منهما لإضافة الحكم إليه على تقدير الانفراد فإن الحكم أبداً يضاف إلى الوصف القريب دون البعيد ، فإن الوصف القريب حيثئذ يكون هو علة الحكم والوصف البعيد هو علة العلة ، والحكم يضاف إلى العلة دون علة العلة . ومثاله : حفر البئر مع التردية والتلفى بالسيف مع الرمي من شاحق والقطع مع الحزّ ونصب حجر في محل عدوان مع حفر البئر إذا تعثر بالحجر فوقع في البئر . وهذه جملة لانزاع فيها . وإنما يقع النزاع في تحقيق الواسطة المستقلة وعدمها في المسائل ، إما في مناسبتها أو في ظهورها وصلاحياتها لإضافة الحكم إليها (١) . .

ونحب الإشارة إلى هذا التشابه بين التفكرين الفقهي والقانوني ، بل وفي اللغة التي عبر بها الفريقان عن هذا المفهوم . ومن الواضح أنهما يلتقيان في وجوب سبر العوامل التي يحتمل أداؤها إلى النتيجة لإضافة هذه النتيجة إلى النشاط الإنساني دون غيره من العوامل الطبيعية ، ( كمن رمى إلى إنسان فقتله فإن القتل يحال على السبب الأول وهو الرمي ، ولا يحال على الوسائط من خروج السهم وقطع الهواء لأن هذه الوسائط غير صالحة فلا يضاف الحكم إليها ) (٢) . وإذا تعدد النشاط الإنساني الذي يحتمل أداؤه إلى النتيجة فإن الحكم يضاف إلى أكرمها مناسبة ووضوحاً في الإسناد من جهة العرف . والاتفاق كذلك في الاعتراف باختلال الإسناد وانقطاع النسبة بين الفعل والضرر بتدخل عوامل شاذة الحدوث أو عوامل لا يستطيع توقعها .

٢٦١ - ما لا يمكن الاحتراز عنه : القاعدة الفقهية أن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه ، فالملاح إذا هبت عليه عاصفة هوجاء أغرقت سفينة بما عليها من ركاب وأمتعة لم يضمن شيئا ، لانتفاء تسببه في هذا الضرر . وكذلك الطبيب إذا اتخذ ما يلزم من التحوط والتبصر ومات المريض لم يضمن شيئا لعدم قيام رابطة السببية بين الفعل والضرر . وعمل ذلك في التسبب . أما في المباشرة القتل والإصابة البدنية فإن مسؤولية الفاعل مطلقة وإن لم يمكنه التحرز . من ذلك أن الصيد إذا أخطأ في رمية فأصاب إنساناً وجب عليه الضمان . ولا تفرق بعض

(١) تفرع الفرع عن الأصول للزحاني : من ٣٥٣ .

(٢) السابق . .

الأحكام القضائية الانجليزية هذا التفريق ، وتأخذ بانتفاء المسؤولية عما لا يمكن توقيه ولا التحرز عنه Inevitable accident ، ففى قضية Stanley v. Powell ( ١٨٩٩ ) اجتمع عدة أشخاص للتدريب على الرماية ، لكن الرصاصة التى أطلقها المدعى عليه قد انجذبت إلى جذع شجرة وارتدت منه لتدخل فى عين المدعى . وقد حكمت المحكمة بأن المدعى عليه اتبع الواجب عليه فى التحوط والبصر وأنه ليس مهملاً لهذا .

٢٦٢ - الإهمال المشترك : يعرف الإهمال المشترك Contri butory negligence بأنه تقصير المدعى فى حفظ نفسه على نحو أسهم فى الإضرار به . لذلك قضت المحكمة عام ١٩٧٢ فى قضية O' Conell v. Jackson بأنقاص تعويض المدعى الذى أصيب فى حادثة صدام أثناء ركوبه دراجته البخارية بنسبة ١٥ ٪ ، وذلك لأنه لم يكن لابساً الخوذة الحديدية ، مما أدى إلى زيادة خطورة إصابته . وفى قضية Froon v. Butcher حكمت محكمة الاستئناف بوجوب انقاص تعويض المصابين فى حوادث السيارات إذا زادت خطورة إصاباتهم نتيجة عدم تثبيتهم الأحزمة الواقية . وقد سبقت الإشارة فى التتبع التاريخى إلى تأخر معرفة القانون الانجليزى بمفهوم الإهمال المشترك حتى هذا القرن ، كما سبقت الإشارة إلى قضاء على بن أى طالب فى قضية القارصة والقامصة والواقصة بتوزيع الدية أثلاثاً على عوائل الفتيات المشتركات فى اللعب واستبعاد نصيب الموقوصة ، لأن فعل المرة فى نفسه هدر . ومن جنس ذلك مسألة الثلاثة المشتركين فى الرمى بالحجر وقتله ، لإسناد موته إلى فعل ثلاثتهم فأهدر ما يقابل فعله فى نفسه ، وهو الثلث ، وبقي ما وجب بفعل غيره ، وهو الثلثان . وهو مذهب الشافعى والراجح عند الحنابلة<sup>(١)</sup> . ويختلف ذلك عما لو اصطدم شخصان فإن كلا منهما تجب ديته كاملة على عاقلة الآخر ، لأنه مات بفعله<sup>(٢)</sup> .

(١) المضى مع الشرح الكبير : ٥٥٨/٩ ، والشرح الكبير مع المضى : ٤٩٤/٩ .

(٢) الشرح الكبير مع المضى : ٤٩١/٩ .

أما القانون الانجليزي فلم يكن يعترف بمبدأ توزيع الضرر بين المدعى عليه بنسبة مسؤوليتها عنه وتسببها في وقوعه إلا في عام ١٩٤٥ . وكان المعمول به قبل ذلك هو إلقاء المسؤولية على طرف واحد منهما . ولذلك قضت المحكمة عام ١٨٠٩ بمسؤولية المدعى عما أصابه من ضرر في قضية *Butterfield v. Forrester* ، لأنه هو الذي اصطدم بالقضيب الذي نصبه المدعى عليه ، بحيث يظل جزء منه في الطريق العام . وفي قضية *Davis v. Mann* ( ١٨٤٢ ) أوقف المدعى حماره المقيد في الطريق العام فاصطدم به المدعى عليه وقتله ، فقضت المحكمة بأن المدعى عليه هو المسئول وحده عن موت هذا الحمار<sup>(١)</sup> .

ويمتدح توزيع الضرر بنسبة الإسهام في حدوثه عن المبدأ الشرعى العام القاضي بمسؤولية كل إنسان عن فعله وعما يتولد عنه من نتائج .

---

(١) Dias P. 74 .



القسم الثاني : موجبات الضمان

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل .

الأول :

الإتلاف بالمباشرة أو التسبب ( الغرور . الإهمال .  
السعاية ) .

الثاني

التعسف في استعمال الحقوق .

الثالث :



٢٦٣ - تقديم : تتنوع الأفعال الموجبة للضمان تنوعا يضعب معه حصرها .  
ويناسب ذلك الاكتفاء برصد المعاني العامة التي تجمع هذه الموجبات  
وترك التفاصيل إلى التطبيق العمل أسوة بمنهج الدراسات القانونية  
المتأثرة بالنظام اللاتيني . غير أن نحو مباحث الفقه الإسلامى المتعلقة  
ببعض هذه الموجبات والحاجة التعليمية إلى تناول تفصيلاتها بالتحليل  
والدراسة مما يفرض إفراد حيز مناسب لكل فعل أو مجموعة من الأفعال  
التي توجب الضمان . وفيما يلى أهم هذه الموجبات التي عالجها الفقهاء

١ - الغصب . ويقابل فى القانون الإنجليزى : Trespass  
Conversion .

٢ - مباشرة إتلاف مال الغير أو بدنه أو حق من حقوقه المالية  
إتلافا جزئيا أو كليا .

٣ - التسبب فى هذا الإتلاف بأي فعل من الأفعال التالية :

( أ ) الإهمال والتقصير فى أداء واجباته واتباع المألوف أو فى  
تعهد ما يجب على المرء أن يتعهد من حفظ من هم تحت ولايته أو رعاية  
الحيوانات والأشياء التى فى حوزته .

( ب ) الغرور والخداع والغش والتدليس .

( ج ) الحيلولة .

( د ) الصدمة العصبية .

( هـ ) الترك ، بناء على قاعدة من ترك واجبا فى الصون ضمن .

٤ - التعسف فى استعمال الحق .

٢٦٤ - وتشترك هذه الأفعال جميعا فى كونها من التعديلات التى  
لم يأذن بها الشارع ، وإلا لم يجب بها الضمان ، كما إذا استند أى منها إلى  
سبب شرعى يبيحه ويمنع المسئولية عن مرتكبه . من ذلك قيام حالة  
الدفاع الشرعى عن النفس أو المال دون تجاوز فى استعمال هذا الحق .  
ويختلف ذلك عن حالة الضرورة ، حيث يجوز للمضطّر الأخذ من مال

الغير ، وإن وجب عليه ضمانه ، لأن القاعدة الفقهية أن الاضرار لا يبطل حق الغير .

ولما يجب الضمان بهذه الموجبات إذا وجد الضرر وقامت علاقة المسؤولية حسبما اتضح عند بحث أركان الضمان . والأسس التي تميز بين هذه الموجبات هي :

- محل الضرر وطبيعته ، وبهذا يتميز الغصب عن غيره ، فإن التعدي فيه وارد على الحيافة .

- العلاقة بين الضرر والفعل ، وتولد الأول من الآخر على وجه المباشرة Directness أو السبب Indirectness .

- طبيعة الفعل من حيث الإيجاب أو السلب ( الفعل والكف أو الترك ) ومن حيث كونه فعلاً مادياً أو معنوياً كالصدمة العصبية .

- طبيعة الفعل من حيث حكمه الشرعى وكونه غير مأذون فيه بأصله أو بوصفه ومآله ( التصسف ) .

٢٦٥ - في القانون : لا تعنى الدراسات القانونية المألوفة في البلاد العربية بسرد أنواع الأخطاء وتفصيلاتها ، اكتفاء بعرض المعاني العامة التي تجمع بينها مع الإشارة بوجه عام إلى مستويات هذه الأخطاء وأقسامها : ١ - خطأ تافه لا يرتكبه الرجل الحريص . ٢ - خطأ يسير لا يرتكبه الرجل المعتاد . ٣ - خطأ جسيم يؤدي إلى ضرر كان على المخطيء أن يتوقعه Recklessness . ٤ - خطأ لا يغتفر ، وهو المصحوب بالقصد والنية<sup>(١)</sup> . وأهم ما يرد على هذا الأسلوب أنه لا يبنى بالهدف التعليمي ولا يساعد المتعلم على الربط بين أحكام المسؤولية التقصيرية وتطبيقاتها العملية .

وقد سلك القانون العرفي Common Law مسلكاً يختلف عن المسلك السابق ، ويتناول موجبات ضمان التعدي بشيء من التفصيل ، مقترباً منهجه هذا

(١) انظر في ذلك : المسؤولية المدنية لحسين وعبد الرحيم عامر : ص ١٤٨ وما بعدها ، نشر دار المعارف ، والمسؤولية المدنية والتقصيرية لحسن عكوش : ص ٢٩ وما بعدها ، والوسيط السنهوري : ١/ ٧٩٩ .

من المنهج الذى سار عليه الفقهاء المسلمون فى الاهتمام بالفروع والتطبيقات العملية . وأهم هذه الموجبات فى هذا القانون هي :

التعدى على الأشخاص Torts to persons . ويشمل هذا النوع من الضمان التعديت المتعلقة بالبدن والسمعة والعلاقات الأسرية . وقد يتخذ التعدى على البدن إحدى الصور التالية : ( أ ) التهديد Assault . ( ب ) الاعتداء على إحدى الجوارح على نحو يؤدي إلى تعطيلها أو النقص فى وظائفها ، وهو ما يطلق عليه Mayhem . ( ج ) حبس المرء وتقييد حركته False imprisonment . ( د ) المساس بالبدن بشئ من العنف Battery . ( هـ ) التعدى على السمعة والشرف بالألقاظ Slander . ( و ) التعدى على السمعة بالكلمة المكتوبة أو المسجلة وترويجها أونشرها Libel .

٢ - التعدى على العقارات Torts to land . ويشمل ذلك : ( أ ) الدخول إلى أرض الغير بغير حق Illegal entry . ( ب ) البقاء فيها أو شغلها . ( ج ) مجاوزة حدود الإذن فى استعمالها مما يؤدي إلى اعتباره متعديا منذ البداية Trespass ab initio . ( د ) التعدى على حقوق الارتفاق Natural rights and easement . ( هـ ) طرد صاحب العقار والاستيلاء عليه .

٣ - التعدى على المنقولات Torts to goods . ويشمل هذا التعدى كلا من : ( أ ) الاستيلاء على منقولات الغير وإتلافها . ( ب ) مجاوزة إذن المالك فى حيازتها Trespass ab initio . ( ج ) حبس منقولات الغير وعدم تسليمها له Detention . ( د ) غصب هذه المنقولات وحيازتها من اليد المحقة بغير حق Conversion .

٤ - الإهمال ، Negligence : وهو السلوك مسلكا غائفا لما يوجبه الحرص والعناية بسلامة بدن الغير وأمواله وحقوقه الأخرى .

٥ - الدعوى الكيدية Malicious abuse of legal process ، وذلك إذا صدر الحكم فى نزاع بين المتقاضين لمصلحة أحد أطرافه دون وجود سبب ظاهر يبرر هذا النزاع .

٦ - الكذب الضار Injurious Falsehood الذى يشمل كلا من :

(أ) الغش والغرور Fraud, Deciet . (ب) الكذب بالقول أو الكتابة فيما يتعلق بحقوق الملكية والحيازة Slander of title (ج) أو فيما يتعلق بالسمعة التجارية Trade libel (د) أو فيما يتعلق بحقوق الطبع والنشر Copy rights (هـ) أو العلامة التجارية Trade mark .

## ٧ - الإزعاج العام والخاص Public and Private nuisance .

٢٦٦ - ويقوم هذا التقسيم للأفعال الضارة على النظر إلى طبيعتها ونية فاعليها والضرر المترتب عليها وعلاقتها بالضرر الناشئ عنها من حيث المباشرة أو التسبب . ومن جهة أخرى فإن هذا التقسيم يعكس حلقات التطور التي مر بها ضمان التعدي في القانون العربي ؛ فقد اعترف هذا القانون بالمسؤولية في التعدي المصحوب بشيء من العنف منذ بداية تطوره في القرن الثالث عشر ، ولم يعترف بالإهمال سببا لقيام هذه المسؤولية إلا في القرن التاسع عشر ، فناسب ذلك أفراد الإهمال عند تناول توضيح ظروف نشأته التاريخية . ولعل الالتفات إلى هذه الاعتبارات هو السبب في كثرة التفصيلات وغموضها أحيانا .

أما الفقهاء المسلمون فقد سلكوا في تناول هذه الموجبات طريقة لا تخلو من الصعوبة والغموض بسبب تعرضهم لتفصيلاتها في مناسبات متفرقة وأبواب متباعدة . ويعين على جمع هذه الموجبات في تصور علم الإشارة إلى حصر القرائن لأسباب الضمان وموجباته في ثلاثة أمور لا رابع لها . أولها : المباشرة ، والثاني : التسبب ، والثالث : اليد غير المؤتمنة . ولا شك في وضوح هذا الحصر لأسباب الضمان واستيعابه للتناول الفقهي لجزئيات هذه الأسباب وتفصيلاتها . ويتسم هذا الحصر كذلك بالمرونة التي تيسر جمع الفروع الفقهية المتعلقة بهذه الموجبات مع إعضاعها لنوع من التناول المنطقي المألوف في الكتابات الحديثة . ويقدم تقسيم القرائن لكل ذلك أساسا جيدا للتقسيم المتبع في هذه الدراسة . وفي الفصول الأربعة التالية بحث هذه الموجبات على النحو التالي :

### ١ - الغصب .

### ٢ - الإلتلاف للمال والبدن بالمباشرة والتسبب .

### ٣ - التعسف .

## الفصل الأول : الغضب

### المبحث الأول : مفهوم الغضب

٢٦٧ - في اللغة : الغضب مصدر غَضِبَ الشيء بغضبه ، بكسر الصاء ، بمعنى الإزالة والأخذ على وجه الظلم والظفر . من ذلك قولهم غضب الجلد بمعنى أزال عنه شعره ووبره نفاً وقشراً بلا عطن في دماغ ولا إعمال في ندى . وغضب الشيء بمعنى أخذه ظلماً ، كاعتصبه ، وغضب فلاناً على الشيء بمعنى قهره<sup>(١)</sup> . وغضبا نفسها أى واقمها كرهاً ، فاستعاروه للجماع<sup>(٢)</sup> . وهو بذلك يشمل العدوان على الحقوق المالية وغيرها . ويتعدى الفعل ( غضب ) إلى مفعولين بنفسه ، فتقول غضبه ثوباً ، وقد شاع في استعمال مصنفى الفقهاء ، فيما يلاحظ النوى ، تعدية هذا الفعل للمفعول الثانى بمن ، فيقولون على سبيل المثال ، غضب منه ثوباً . ولا بأس به من جهة اللغة ، مثلما هو الحال في بعته فرساً وبعث منه فرساً<sup>(٣)</sup> . والغاصب : اسم الفاعل وجمعه غصاب . وقد ورد المصدر منه في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ وَكَانَ وِزْرُهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً ﴾<sup>(٤)</sup> . وكذلك جاءت هذه المادة في السنة بصيغ مختلفة ، من ذلك ما جاء في صحيح البخارى باب إذا غضب جارية فزعم أنها ماتت ففضى بقيمة الجارية الميتة ثم وجدها صاحبها فهى له ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمناً<sup>(٥)</sup> . وقد وردت كذلك في البخارى على لسان عمر رضى الله عنه في تحذير أولئك الذين ( يريدون أن يغصبوا الناس أمورهم )<sup>(٦)</sup> . بمباهمة امرئ على شأن من شئون المسلمين دون

(١) القاموس المحيط ، مادة غضب .

(٢) لسان العرب مادة غضب .

(٣) تهذيب الأسماء واللغات مادة غضب وباع .

(٤) الكهف : ٧٩ .

(٥) صحيح البخارى ، كتاب الخلع .

(٦) كتاب الحدود من صحيح البخارى .

مشورة منهم . كما وردت كذلك في مرافعة الحضرمي أمام النبي ﷺ في دعوى هذا الحضرمي اغتصب الكندي وأبيه أرض الحضرمي<sup>(١)</sup> . ومع ذلك فإن الغالب في السنة هو الإشارة إلى معناه بألفاظ أخرى ، كأخذ مال الغير ، ومن ظلم شبرا من الأرض ، أو اقتطع ، وغير ذلك مما يشير إلى الغصب بغير لفظه .

٢٦٨ - في الاصطلاح ( تعريف الأحناف ) : عرف الفقهاء الغصب تعريفات مختلفة باختلاف مفهوم الغصب عندهم .

فهو في المذهب الحنفي حسبا جاء في الهداية : ( أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده )<sup>(٢)</sup> . وفي المحيط البرهاني نوع تفصيل لأوجه إزالة يد المالك في تعريف الغصب بأنه : ( أخذ مال متقوم محترم على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده أو يقصر يده إن لم يكن في يده )<sup>(٣)</sup> . وفي تكملة البحر الرائي أنه : ( إزالة اليد بإثبات اليد المبطله في مال متقوم محترم قابل للنقل )<sup>(٤)</sup> . وفي البدائع أنه : ( إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال )<sup>(٥)</sup> . ويشير الكاساني مع ذلك إلى رأى محمد في عدم اشتراط توجه الفعل إلى المال لتحقيق الغصب . وعرفه ابن غاتم البغدادي بأنه هو ( أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين )<sup>(٦)</sup> وهو أقرب إلى تعريف الكاساني .

وتتضمن هذه التعريفات للغصب كلا من المعاني التالية :

- إزالة اليد المحقة ، سواء كانت يد المالك أو يد نائبه ، فلا تضمن زوائد المغصوب ضمان الغصب إلا بالتعدي .
- عدم إذن صاحب اليد المحقة بإزالة يده ، ويفترق الغصب بذلك عن الوديعة والهبة وغيرهما مما فيه الإذن بالأخذ .

(١) نيل الأوطار : ٦٥/٦ .

(٢) الهداية : ١١/٣ .

(٣) فتح القدير : ٣٦٢/٧ .

(٤) البحر الرائي : ١٢٣/٨ .

(٥) بدائع الصنائع : ١٤٣/٧ .

(٦) جميع السمات : ١١٧ .

- إثبات اليد المبطله ينقل المصوب إليها .
- كون الإزالة والإثبات بفعل في المال ، لا في المالك ، خلافا لمحمد .
- كون الإزالة والإثبات على سبيل المجاهرة والمغالبة ، لا على سبيل الاستسار ، وهو في هذا يختلف عن السرقة .
- انحصار المصوب في الأموال المنقولة المتقومة ، خلافا لمحمد الذي رأى جريان النصب في العقار أيضا . ولا يجري النصب بذلك في الحر والميتة وخمر المسلم لأنها ليست من الأموال .

٢٦٩ - المالكية : يفرق المالكية بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها ، ويقصرون مفهوم النصب على أخذ الأعيان والنوات على حين يدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي . وهنا يشمل التعدي عندهم كلا من التعدي على المنافع بقواتها أو تفويتها والإتلاف للأموال أو الأبدان إتلافا جزئيا أو كليا بالمباشرة أو التسبب<sup>(١)</sup> .

وقد عرف ابن عرفة النصب لمدا بأنه ( أخذ مال غير منفعة قهرا لا لحرف قتال ، فيخرج أخذه غيلة ، إذ لا قهر فيه . لأنه يموت مالكة ، وحراة<sup>(٢)</sup> ) . ومعناه إخراج الأخذ للمال في القتل غيلة من النصب بكونه لم يؤخذ على سبيل القهر للمالك الذي قتل قبل أخذ المال . وفيه تزيد لانتفاء القهر في أخذ المال بعد كل قتل . وإنما خرجت الحراة لأن القهر في أخذ المال بها ذو طبيعة خاصة ، من جهة تعلل الثوث معه ، فلا يضمن المأخوذ بها ضمان النصب .

ويعقب الرددير على تعريف النصب وأنه أخذ مال قهرا بلا حراة بقوله : ( أخذ مال جنس يشمل النصب وغيره ، وهو من إضافة المصدر لمفعوله ، والفاعل محلوف ، أي أخذ آدمي مالا . والمتبادر من المال الذبات ، فخرج به التعدي وهو الاستيلاء على المنفعة فقط كسكنى الدار وركوب دابة من غير استيلاء على ذات الدار والدابة<sup>(٣)</sup> ) . وعرفه بعض المالكية بما لا يخرج عن ذلك

(١) التوازين الفقهية لابن جوي : ص ٣٣١ .

(٢) الحرشي : ١٢٩/٦ . (٣) الشرح الصغير : ٨٤/٤ وما بعدها ، واليسوق : ٤٤٢/٣ .

وأنه : ( رفع اليد المستحقة ووضع اليد العالدية قهرا )<sup>(١)</sup> .

ويتضمن تعريف المالكية الإشارة إلى المعاني التالية التي يتفقون في عدد منها مع الأحناف ، وهي :

- إزالة اليد المحقة ، فلا يدخل في الغصب إبقاء اليد على ما لم يكن في يد المالك أو نائبه عند أخذه . ولا يجري عندهم ضمان الغصب في زوائد الغصب .

- إثبات الغاصب يده على الغصب وأخذه له .

- كون المال عينا لا منفعة ، لأن الأعيان هي المتبادرة من لفظ المال الوارد في تعريفات الغصب ، وإنما تضمن المنفعة عندهم ضمان التعدي .

- كون الأخذ للمال على سبيل القهر احترازا عن السرقة والاختلاس والخيانة ، مما يكون الأخذ للمال فيه على سبيل الاستمرار لا القهر .

- ويختلف المالكية عن الأحناف في جريان الغصب في كل من العقارات والمنقولات على السواء .

٢٧٠ - الشافعية : يقترّب تعريف الشافعية للغصب من حقيقة اللغوية التي لا يوجد في الشرع ما يصرفه عنها ؛ إذ يعرفه النووي بأنه ( الاستيلاء على حق غيره ، فيدخل في هذا غصب الكلب والسرّجين وجلد الميتة ونحو ذلك من النجاسات التي يجوز اقتناؤها . ويدخل فيه غصب المنافع والأعيان والحقوق والاختصاصات . وأما قول جماعة من أصحابنا إن الغصب هو الاستيلاء على مال الغير فليس بمرضى ، لأنه ليس بمحد جامع لما ذكرناه <sup>(٢)</sup> . وقد تناقل شراح المنهاج لذلك تعريف الغصب بأنه ( الاستيلاء على حق الغير بغير حق )<sup>(٣)</sup> ، وهو أفضل من قول بعضهم الاستيلاء على حق الغير علوانا ، حتى يشمل أخذ مال الغير ،

(١) مرآة الجليل لابن الخطّاب : ٢٧٤/٥ .

(٢) حليب الأسماء واللغات للنووي مادة غصب .

(٣) نهاية المحتاج للرملي : ١٤٢/٥ ، ونجدة المحتاج لابن حجر : ٣/٦ ، ومغنى المحتاج للشريني ٢٧٥/٢ .

وهو يظنه من ماله ، إلا إذا فهم العدوان مرادفاً لغير الحق . والاستيلاء أعم من الأخذ لشموله المنافع كما جاء في تحفة المحتاج<sup>(١)</sup> . وينطوي الاستيلاء على معنى القهر والغلبة فيما أشار إليه الشريفي<sup>(٢)</sup> . وإنما المدار في تحديد مفهوم الاستيلاء على العرف . وقد عرف بعض الشافعية الغصب على نحو أكثر تفصيلاً في إشارتهم إلى أنه عبارة عن ( الاستيلاء على حق ولو منفعة ، كإقامة من قعد بمسجد أو سوق أو غير مال ككلب نافع بلا حق )<sup>(٣)</sup> . وفي المجموع أن الماوردي عرف الغصب ( بأدق ما رأيت تعريفاً ، فقال : الغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق . ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف . فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك . وإن تصرف ولم يمنع كان تعدياً وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون المالك . فإذا جمع بين المنع والتصرف ثم أغصب ولزم الضمان سواء نقل المصنوب عن محله أم لا )<sup>(٤)</sup> .

وأهم ما ينفرد به تعريف الشافعية للغصب التوسع في مفهوم المصنوب ، حتى يشمل عندهم العقارات والمنقولات والمنافع والاختصاصات . وقد نتج عنه التوسع في مفهوم الفعل الموجب للغصب ، ولم يشترطوا الأخذ ، بما يتضمنه من إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة فيما اتجه إليه الأحناف والمالكية ، بل اعتبر الشافعية تحقق الغصب في كل ما يعلوه العرف استيلاء على حق من حقوق الغير .

٢٣٩ - تعريفات أخرى : يتفق تعريف الحنابلة للغصب مع تعريف الشافعية ؛ ففى المبدع تعريف الغصب بأنه : ( الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلماً )<sup>(٥)</sup> ، وفي كشف القناع أنه : ( استيلاء غير حرى على حق غيره من مال أو اختصاص قهراً بغير حق )<sup>(٦)</sup> . وفي المادة ١٣٧٥ تعريف الغصب بأنه ( استيلاء .

(١) تحفة : ٦/٢ .

(٢) منى المحتاج : ٢٧٥/٢ .

(٣) خاتمة الجمل : ٤٦٩/٢ .

(٤) المجموع للزوي : ٢٣٢/١٤ .

(٥) المبدع شرح للفتن : ١٥٠/٥ .

(٦) كشف القناع : ٧٦/٤ .

غير حرى عرفاً على حق غيره قهراً بغير حق). وفى الإنصاف تعريفه أنه (الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق) <sup>(١)</sup>. ولا تخرج المعاني المتضمنة فى هذه التعريفات عما أرادها الشافعية منها .

ولا يختلف تعريف ابن حزم للغصب عن تعريف الشافعية والحنابلة ، فقد حده بأنه ( أخذ الشيء بغير حقه . ظلماً ) <sup>(٢)</sup> . وإلى ذلك اتجه الزيدية أيضاً ؛ فقد عرفه الصنعاني بأنه هو (الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً ، فلا تدخل السرقة لأنها اختلاس . ويدخل فى الاستيلاء استعمال عبد الغير وركوب دابته فإنه يضمن . قيل ومنه الجلوس على فراش الغير إذا كان لمثله أجرة . وتدخل فى الحق المنافع ، كمنفعة الكلب والسرجين . ويخرج بالعنوان المغنم وما انتزع من يد الغاصب للحفظ ) <sup>(٣)</sup> . ومع ذلك يعرفه ابن المرتضى تعريفاً أخص من سابقه ، فيحده بأنه هو ( الاستيلاء على مال الغير عدواناً وإن لم ينو المستولى الغصب ، بل أراد اللعب والمزاح . والاستيلاء هو إثبات اليد على الشيء والعنوان لا بإذن الشارع ) <sup>(٤)</sup> . ولا يخرج تعريف الشيعة الإمامية عما أخذ به الجمهور ؛ فيحده الخميني بأنه (الاستيلاء على ما للغير من مال أو حق عدواناً) <sup>(٥)</sup> . ويتنوع المصنوب عنده ، فهو : ( إما عين مع المنفعة من مالك واحد أو مالكين ، وإما عين بلا منفعة ، وإما منفعة مجردة وإما حق مالى متعلق بعين ) <sup>(٦)</sup> . أما الحللى فقد عرفه بأنه : ( الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً ) <sup>(٧)</sup> .

٢٧٢ - موازنة : يتضح مما سبق أن هناك اتجاهين لدى الفقهاء فى تعريف الغصب . أولهما اتجاه الأحناف والمالكية ، ممن يضيفون فى مفهومه قيود إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطللة . ويضيف الأحناف لذلك قيوداً أخرى منها أن يكون ذلك بفعل فى المال ، وأن يكون هذا المال عيناً منقولة . أما الاتجاه الآخر

(١) الإنصاف : ١٢١/٦ .

(٢) المحلى : ١٤٤/٨ .

(٣) الروض البصير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني : ٤٠١/٣ .

(٤) البحر الرضائي : ١٤٤/٤ .

(٥) تحرير الوسيلة للخميني : ١٧٢/٢ .

(٦) شرائع الإسلام : ٢٣٥/٣ .

الذى أخذ به جمهور الشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية فيتوسع في مفهوم الغصب ولا يشترطون لتحقيق الغصب سوى حدوث واقعة مادية تمثل عدوانا على حق من حقوق الحياة أو الملكية . ويؤيد اتجاه الجمهور مؤيدات عديدة من بينها :

- اطلاق النصوص التى تحرم الاعتداء على حقوق الحياة والملكية ، وعدم تقييدها بنوع منها دون غيره .

- اقتراب مفهوم الغصب لدى الجمهور من مفهومه اللغوى الذى لا يوجد فى الأدلة الشرعية ما يصرفه عنها . وتقضى القاعدة الأصولية بوجوب حمل الألفاظ على معانيها الشرعية إذا وجد تحديد شرعى لها ، كألفاظ الصلاة ، والصيام والزكاة ، وإلا حملت على معانيها العرفية أو اللغوية .

- يؤدى تقييد الغصب على النحو الذى أخذ به الأحناف والملكية إلى استقرار الضرر حيثما وقع ، وإلى عدم محاسبة الغاصب على فعله ، وعدم تكليفه برفع الضرر المأمور به شرعا .

ويتضمن تعريف الجمهور الإشارة إلى أركان الغصب التالية :

- ١ - واقعة مادية عبروا عنها بالاستيلاء .
  - ٢ - موضوعها عدوان على حق من حقوق الحياة أو الملكية .
  - ٣ - طبيعة هذا العدوان واختلافه عن كل من السرقة والخراقة .
- وفيما على توضيح كل من هذه الأركان :

٢٤٦ - مفهوم الاستيلاء : الفعل الموجب للغصب عند الأحناف هو أخذ المال على وجه يزيل يد المالك أو يقصرها ، كما اتضح من تعريفاتهم السابقة . ويكاد يقترب مفهوم الغصب بهذا المعنى فيما يلاحظ الأستاذ عبد الجبار شرارة من مفهومه فى القانون الرومانى<sup>(١)</sup> ، حيث جاء فى مدونة جوستينيان

---

(١) أحكام الغصب فى الفقه الإسلامى للأستاذ عبد الجبار أحمد شرارة ، نشر مؤسسة الأعلمى للمطبوعات بيروت ومكتبة دار الترية ببلداد ، عام ١٩٧٥ ص ٣٤ .

أن ( الغصب هو انتزاع مال مملوك للغير بالقوة )<sup>(١)</sup> . وإنما اشترط الأحناف في الفعل الموجب للغصب ذلك بناء على مذهبهم في عدم جريان الغصب في المنافع والعقارات . أما الجمهور الذي يجرى الغصب عندهم في المنافع والعقارات فلا يشترطون في الفعل الموجب للغصب إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة ، ويكفى عندهم هذا الإثبات الذي عبروا عنه بالاستيلاء مع التوسع في مفهومه حتى يشمل أى فعل يعد في العرف من الاستيلاء على حق الغير بغير حق . يوضحه حكمهم بجرمان الغصب في المسائل التالية :

- لا يشترط إثبات الغاصب يده على المغصوب ، فأخذ المال بغير حق ولو لم يدخل في حوزة الآخذ من قبيل الغصب ، كما في المكوس فإنها لا تدخل في حوزة المكاس<sup>(٢)</sup> .

- لا يشترط انتفاء رضا المغصوب منه صورة ومعنى ، بل يعد غصباً ما يؤخذ دون وجود حقيقة الرضا ، أو سبب شرعى يبيح هذا الأخذ . فما أخذ بسيف الحياء من قبيل الغصب فيما نص عليه الغزالي ، كأن يسأل شخصاً في ملأ فيستحي ألا يعطيه ، ويضمن السائل ما أخذه ضمان الغصب<sup>(٣)</sup> . وكذلك الرشوة يدفعها الراشئ توصلاً لما ليس من حقه ، ويضمنها المرتشئ بكل حال . - لا تشترط حرية الآخذ في الاستيلاء على مال غيره ولا قصده ، فمن أخذ مال غيره يظنه ماله ضمنه .. ولو أكره على أخذ مال غيره ضمنه كذلك . ولو اضطر إلى ذلك للحفاظ على حياته ضمن ما أخذه ، بناء على قاعدة الاضطرار لا يطل حق الغير .

- لا تشترط إزالة يد المالك في الاستيلاء الموجب لضمان الغصب ؛ فمن يجلس على فراش غيره عد غاصباً عند الجمهور ، خلافاً للأحناف الذين يشترطون هذا الشرط ، فلا يعد مجرد الجلوس موجباً للغصب عندهم ، لأن أثر يد المالك وهو الفراش باقٍ ، فلم تزل يده<sup>(٤)</sup> . أما ركوب الدابة وسوقها فإنه

(١) ملونة جوستيان ترجمة عبد الويز فهمي : ص ٢٥٣ نقلاً عن المصدر السابق .

(٢) كشف القناع : ٧٦/٤ .

(٣) مفتي المحتاج : ٢٧٥/٢ .

(٤) حاشية الجمل : ٤٧٠/٣ ، وشرح فتح القدير : ٣٦٧/٧ .

من الغصب اتفاقا لإزالة يد المالك بسوقها . لكن لو ركبها ولم يسبقها ففى ظاهر الرواية أنه يضمن لتحقق إزالة يد المالك بالركوب . ولا يضمن فى رواية فى المذهب الحنفى إلا إذا ساقها لبقاء أثر يد المالك بوقوفها فى محلها . وحكم ظاهر الرواية هو الرجوع فى المذهب<sup>(١)</sup> .

- لا يشترط الجمهور نقل المال فى الاستيلاء الموجب للغصب ، ففى كشف القناع أنه ( لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين فيكفى بمجرد الاستيلاء )<sup>(٢)</sup> ، وفى القواعد أن : ( اليد المجددة لا يتوقف الضمان بها على النقل ، كما يصير المودع ضامنا بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا إزالة )<sup>(٣)</sup> . ويفرق بعض الشافعية مع ذلك بين كون المال فى يد الغاصب عند إقدامه على الاستيلاء عليه ، فلا يشترط بنقل هذا المال ، وبين كونه فى اليد المحقة عند استيلائه عليه ، وهو الذى يشترط فيه النقل . وعبارتهم فى ذلك : ( اشترط نقل المنقول فى الاستيلاء عليه فى منقول ليس بيده ، فإن كان بيده كوديعة فنفس إنكاره غصب لا يتوقف على نقل )<sup>(٤)</sup> ، ويشبه ذلك فى القانون الانجليزى *Trespass to goods ab initio* الذى سلفت الإشارة إليه قبل قليل .

وإذ لم يشترط إثبات اليد الغاصبية ولا إزالة اليد المحقة ولا نقل المال المخصوص ولا حرية الغاصب أو قصده أو علمه بالغصب فإن الاستيلاء المنشئ للغصب هو الفعل المعتبر فى العرف ذا أثر فى تقويت يد المالك عن ملكه وعدم تمكنه من الانتفاع به شريطة كون هذا الفعل تعديا أى غير مستند لإذن من له الحق فى الإذن . أما الاستيلاء على غير وجه التعدي فلا ينشئ غصبا ، كما لو ألقت الرمح ثوبا فى حجر شخص فإنه لا يكون غاصبا له<sup>(٥)</sup> ، وكما لو دخل حيوان الغير

(١) جامع الفصولين : ١٢٠/٢ ، وكلمة فتح القدير : ٣٦٣/٧ ، والفتاوى النهائية ١١٤ والبحر الرائق : ١٢٧/٨ .

(٢) كشف القناع : ٧٧/٤ .

(٣) القواعد لابن رجب : ٢٢١ .

(٤) حاشية الجمل : ٤٧٠/٣ .

(٥) القواعد لابن رجب : ٥٩ .

داره ، وعليه أن يخرجها منها منعاً لدخوله في ضمانه ، لكن لو أمسكه وحبسه كان غاصباً<sup>(١)</sup> . وليس من التعدي أن يستند الاستيلاء إلى إذن شرعي كاللقطة ، أو إلى إذن عرفي كالنقذ مال غيره من التلف . وقد نص الفقهاء على أن من أخذ عبداً أبقاً لورده إلى صاحبه فلا يعد غاصباً بأمساكه . وليس من التعدي كذلك أن يستند أخذ الممل والاسيلاء عليه إلى إذن صاحبه صراحة أو دلالة ، كأن يأخذ كتاباً أمام صاحبه للنظر فيه ورده إليه دون اعتراض منه . ويضبط ذلك قاعدة أن ( القابض لمال غيره لا يخلو إما أن يقبضه بإذنه أو بغير إذنه ، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة لم يضمن ، وكذا إذا استند إلى إذن عرفي كالنقذ مال غيره من التلف ونحوه .. وإن خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان في الجملة )<sup>(٢)</sup> .

ولا تشترط مباشرة الاستيلاء لتحقيق الغصب ، وإنما يكفي التسبب . وقد نص الفقهاء على أن من أخذ أم النحل فتبعها أو الحيوان فتبعه فلوله عد غاصباً للجميع . والمدار في الاستيلاء المئث للغصب على العرف . وتفرعاً على ذلك فإن مجرد استخدام ملك الغير واستعماله بوجوب ضمانه كقبضه لو هلك أثناء هذا الاستخدام ؛ ففي جامع الفصولين : ( استعمال قن الغير كقبضه ؛ فيضمن لو هلك من ذلك العمل ) . وفيه أيضاً : ( من حمل كوز ماء لينقله إلى بيت مولاه بإذنه فلدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض فهلك في الطريق ، قال صاحب المحيط مرة يضمن نصف قيمته ، ثم مرة ثانية قال يضمن كل قيمته ، إذ فعله نسخ فعل المولى فصار غاصباً كل القن )<sup>(٣)</sup> . ويتفق الشافعية مع الأحناف في ذلك ؛ ففي حاشية الجمل<sup>(٤)</sup> أنه لو بعث عبد غيره في حاجة له بغير إذن سيده ضمنه ، خلافاً لرواية ضعيفة عن البغوي حكم فيها بأنه لا يضمنه . والشرط في الاستخدام الموجب للغصب أن يكون لمصلحة الغاصب ومنفعته . أما لو كان لمصلحة المصوب أو لمنفعة مالكه فلا يتحقق الغصب ؛ ففي جامع الفصولين أنه

(١) السابق .

(٢) السابق : ٥٦ .

(٣) جامع الفصولين : ١١٠/٢ ، وانظر فتح القدير : ٣٦٣/٧ ، والبحر الرائق : ١٢٤/٨ .

(٤) ٤٢٠/٣ .

لو قال لعبد الغر: ارق هذه الشجرة فأنت منها بفاكهة تأكلها أنت لم يعد مستوليا عليه ، ولا يضمنه ، حيث إنه لم يستخذه في مصلحة نفسه . ولو قال لنأكله - أنا وأنت - ينبغي أن يضمن قيمته كله ( إذ استعمل كله في منفعة )<sup>(١)</sup> .

٢٧٤ - ويختلف الاستيلاء على الأعيان المنقولة عن الاستيلاء على العقارات والمنافع أو الحقوق مما ينضبط بالعرف الذي يفرق بين ما يعد استيلاء وما لا يعد كذلك . والفرق بين الاستيلاء في المنقول وبين الاستيلاء في العقار عند من يقول بجرىان الغصب فيه ، وهم الجمهور ، أن يد المستولى في المنقول حسيلا لا يشترط فيها القصد أو القدرة على إثبات اليد بخلافه في العقار فإن يد المستولى عليه حكمية فاشترط فيها القصد والقدرة على إثبات اليد . ويتضح ذلك بالنظر في المسائل التالية :

- دخل دارا ليس بها صانعيها وكان غائبا عنها ( فالدخول غصب بكل حال لتحقيق الاستيلاء به )<sup>(٢)</sup> إذا قصد الغصب . لكن لو لم يقصده ، كأن دخلها لينظر إليها أو ليشتريها أو ليتخذ مثلها فإنه لا يكون غاصبا<sup>(٣)</sup> ، وإن كان الفعل ، وهو الدخول دون إذن ، محرما .

- لو منع صاحب الدار من الدخول إليها أو أخرجه منها فهو غاصب لها ، وإن لم يدخلها وادعى عدم قصده الاستيلاء عليها ، لأنه استولى عليها بالفعل ، ولا تصح دعواه لأن الظاهر يكذب<sup>(٤)</sup> .

- دخل دارا فيها مالكيها ولم يزعجه وكان قادرا على المغالبة وقصد الاستيلاء عليها عد غاصبا لتصفها إن كان المالك واحدا . فإن تعدد الغصاب والمالك كان النصيب المغصوب بحساب عدد الرؤوس<sup>(٥)</sup> .

- لو دخل دار غيره ومالكها فيها ولم يقصد الاستيلاء عليها أو كان ضعيفا لا يتمكن من قهر المالك والتغلب عليه لم يعد غاصبا<sup>(٦)</sup> .

(١) ١١١/٢ .

(٢) القواعد لابن رجب : ٢٢٣ .

(٣) حاشية الجمل : ٤٧٠/٣ .

(٤) السابق : (٦٠٥) .

(٥) السابق :

من هذه الفروع يتضح أن الاستيلاء في العقار يتحقق بالسكنى والإقامة ووضع اليد ومنع المالك من الانتفاع بملكه شريطة قصد الاستيلاء أو حصوله بالفعل مع القدرة على إثبات اليد إن لم يكن المالك غائبا عن عقاره .

٢٧٥ - أما في المنافع فيفرق بين تفويتها باستيفاء الغاصب لها وبين فواتها أو إهدارها وتعطيلها . ومن التفويت سكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض أو إيجارها وكراء الدابة أو إعارتها . أما الفوات فكإغلاق الدار وحبس الدابة ومنع الشخص من الذهاب لعمله . ولا خلاف في أن تفويت المنافع نوع من الاستيلاء عليها . والخلاف بينهم في الفوات منشؤه التردد في تحقق الاستيلاء على ما فات من المنافع ، فقد ترجح لدى بعض من ذهبوا إلى ضمان المنافع بالفوات أن تعطيلها نوع من الاستيلاء عليها يوجب ضمان الغصب ، على حين أوجب البعض الآخر ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان غصب لتعذر الاستيلاء على المنافع المعطلة .

٢٧٦ - **التعدي في الاستيلاء** : يوجب الاستيلاء على حق الغير بغير حق ضمان الغصب ، فكان الاستيلاء غير المستند إلى إذن شرعى أو عرق يعد من التعدي أو الخطأ الموجب للضمان مطلقا ، سواء صدر المستوى في ذلك عن سوء نية ، وكان يعرف وقت استيلائه على حق غيره أنه لا حق له فيه ، أم صدر في ذلك عن حسن نية . والتعدي بذلك هو السلوك مسلكا مخالفا للإذن الشرعى وإن لم يتعمده فاعله . وقد حشئ بعض الفقهاء أن يؤدي فهم التعدي فيما هو المتبادر منه ، وهو الاستيلاء المصحوب بسوء النية ، إلى استبعاد أحوال الاستيلاء على أموال الغير بحسن نية وإخراجها من ضمان الغصب ، مما يؤدي إلى ضياع حقوق الناس ، فاقترح إحلال كلمة بدون حق محل كلمة التعدي في وصف الاستيلاء الذي يوجب الغصب . ويجب أن تحظى هذه المخاوف إذا حددنا مفهوم التعدي في غير مجال الجنائيات بأنه يمثّل مفهوم تمييز ( بدون حق ) . ويشمل هذا المصطلح بذلك كلا من التعدي الموجب للإثم والتعدي الذي لا يوجه تبعا لنية المتعدي . ويعد متعديا بهذا الإطلاق من يأخذ مال غيره على ظن أنه ماله هو ، وكذا من حاز حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق معتقدا أن حيازته هذه لا تنطوي على أى اعتداء على حقوق

الغير ، كأن يعتقد أنه هو المالك ، أو أنه حاز هذا الحق برضا صاحبه . ومن جنسه أن يشتري أحد عينا من شخص معتقدا أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ثم ظهر أنه غاصب لها فإنه يضمن ضمان الغاصب لتعديده باستيلائه على مال غيره بدون اذنه ، ولا إثم عليه . ويشبهه أن يرث هذه العين أو أن توهب له أو يؤصّل له بها دون علمه بأنها مستحقة لغيره ، وهذه صورة غاصب الغاصب في الفقه الإسلامي أما إذا كان سعيء النية في حيازتها بأن يشتريها ممن غصبها أو يرثها أو توهب له عالما بحقيقة مالكتها فإنه يضمنها ضمان الغاصب مع استحقاق الإثم كذلك . ولا يفرق التعدي المصحوب بالنية السيئة عن التعدي غير المصحوب بذلك في استحقاق الإثم فقط بل يفرقان كذلك في درجة المسؤولية . ويطلق الفقهاء على الغاصب الذي دخل المال في حيازته بحسن نية عنوان ( ذى الشبهة ) . وسياق الفرق بينه وبين غيره في درجة المسؤولية في مناسبه من هذا البحث<sup>(١)</sup> .

وبهذا فإن استيلاء الصغير والمجنون مميزين أو غير مميزين على مال الغير من التعدي ، بمعنى مخالفة فعلهما لما أوجبه الشارع من الحفاظ على حقوق الغير . وكذا فإن من أخذ مال غيره يظنه ماله فإنه يكون متعديا بهذا النظر ، وإن لم يأثم لجهله وسلامه نيته إلا إذا قصر في النظر للأمور به شرعا . وقد أشارت إلى هذا المادة ٩٦٥ من القانون المدني المصري ، حيث جاء في فقرتها الأولى : ( يعد حسنّ النية من يحوز الحق ، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم ) . والواقع أن معيار التعدي في الاستيلاء الموجب للضمان معيار مادي موضوعي يقتصر على النظر إلى الفعل نفسه وما ترتب عليه من نتائج دوّما التفات إلى شخص الفاعل أو نيته ، بخلاف التعدي في الاستيلاء الموجب للضمان والإثم معا الذي يتسع للنظر إلى كل من الفعل والفاعل على السواء .

٢٧٧ - محل العدوان وطبيعته : يفرق التعدي في الغصب عنه في السرقة

(١) انظر التمييز بينهما في المسؤولية وغيرها من الوجهة القانونية في الورق ط للسنهوري : ٨٦٣/٩ .

والخراقة من حيث اشتراط أخذ المال على سبيل الاستسار والحفية فى السرقة وعلى وجه يتعدى معه القوت والمعونة فى الخراقة بالاعتماد على التخفى عن سلطة الإمام أو الحاكم . وتشبه الخراقة السرقة فى التخفى والاستسار بهذا المعنى . ولذا أطلق عليها الفقهاء ( السرقة الكبرى ) . أما الغاصب فإنه لا يتخفى ولا يعتمد أخذ المال فى ظروف تعدى غوث المعتدى عليه ونجدته وإنما يأخذ المال على سبيل المجاهرة .

ويترتب على هذا الفرق فرق آخر بينهما فى محل العدوان ، فإن الاستيلاء فى الغصب يد على التقلات والعقارات والمنافع والاختصاصات فى رأى الجمهور ، على حين تخصص السرقة والخراقة بأعيان الأموال المنقولة . وبهذا فإن الاستيلاء على منفعة التيار الكهربائى من قبيل الغصب لا السرقة خلافا للتخريج الذى ذكره بعض المحدثين ، لأن الغاصب يستولى على منفعة لا على عين .

ومن حيث الجزاء فإن العقوبة فى السرقة والخراقة بالحد والتعزير حق الله تعالى لعموم خطورها وعظم تأثيرها بخلاف الغصب الذى يغلب فيه حق العبد وإن تضمن العدوان على حقوق الله عز وجل أحيانا . ويدل هذا على أن الخطورة فى الغصب أقل منها فى السرقة والخراقة رغم الاشتراك فى كونها جميعا جرائم مالية ، لغلبة ضياع المال المأخوذ على وجه الاستسار والتخفى عن قوة المجتمع وسلطته ، فضلا عما يتضمنه أخذ المال على هذا الوجه من جرائم أخرى واقعة بالفعل أو محتملة الوقوع ، فإن انتهاك الحرز وترويع الآمنين فى دورهم أو فى الطرق والأطباع على عوراتهم مما يصاحب السرقة والخراقة هى جرائم فى حد ذاتها ، كما أن اختلال وقوع القتل أو الجرح أو أوجه الإيذاء الأخرى لتأمين هروب السارق والمخرب أو فى ظروف أخذها المال من الجرائم المحتملة والوقوع<sup>(١)</sup> ، ولذلك بالغ الشارع فى العقوبة على جريمتى السرقة والخراقة وأوجب فيهما الحد تناسباً مع خطورتهما على الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأمة بخلاف مسلكه

---

(١) يرجع الفضل فى إثبات بعض هذه الفروق للمناقشة التى دارت أكثر من مرة حول هذه المسألة مع الأسطاذ الدكتور حسين حامد حسان حول جريمة السرقة .

في الغصب المتعبر أساسا من الأخطاء المدنية وإن أوجب فيه العقوبة إذا اقرن بالعدوان على حقوق الله عز وجل .

٢٧٨ - وإنما يجري الاستيلاء الموجب للغصب في الأموال والحقوق المالية الخاصة بالغير . ويتجه العدوان في هذا الاستيلاء على حقوق الحيازة Possession والملكية Ownership . والحيازة في الاصطلاح القانوني : ( وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل به أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق <sup>(١)</sup> ) . وعبرة الردير في تعريفها : ( الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه . والتصرف يكون بواحد من أمور : سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة <sup>(٢)</sup> ) . وتتألف الحيازة فيما يفيد هذا التعريف من عنصرين :

أولهما مادي . وهو إثبات اليد والاستيلاء على الشيء المحوز .  
والآخر معنوي . وهو قصد التملك الذي يكشف عنه التصرف في الشيء المحوز تصرف الملاك ، كالسكنى والإسكان والطعم والبناء وغير ذلك مما ورد في التعريف .

(١) الوسيط للسنهوري : ٧٨٤/٩ .

(٢) الدسوقي : ٢٣٢/٤ وانظر المرجع نفسه : ١٩٥/٤ حيث أشار إلى موضوع الحيازة كذلك ، والراجع نفسه : ٤٥٨/٣ ، ٤٥٩ ، وانظر في تصحيح الحكم ( الباب السادس والستون في القضاء بشهادة الحيازة على الملك ) جاسس فتح المل للمالك : ٩٢/٢ ، ١٠٤ ، وانظر تعريفها كذلك في الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي : ٥٢٤/٦ ، وانظر الموازنة بين القانون الفرنسي والشرعة الإسلامية في مفهوم الحيازة في المقارنات التشريعية للشيخ سيد عبد الله علي حسين طبية عيسى الباقى المجلد ١٩٤٧ : ٤١/٢ وما بعدها ، وانظر الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لأبي زهرة : ص ١٦٠ . وأهم البحوث التي أطلعت عليها في هذا هو البحث الاستطلاحي الموجز الذي قام به الدكتور محمد عبد الجواد محمد بعنوان : الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي . وقد أشار فيه إلى تعريف فقهاء بالملكية للحيازة في : ص ٥٤ من بحثه هذا ، الحية المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨ ، وانظر تعريفها في المادة : ٩١٨ من مشروع القانون المدني المصري طبقا لأحكام الشرعة ، وألمدة : ١١٧١ ملق أردني . والبيانات : ٢٥٦/٦ ، وفتح القدير : ٢٤/٦ ، ٢٥ ، والطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم : ص ٨٨ حيث يشهد بملحأ أهل المدينة لالدعوى .

واليد بهذا أعم من الحيابة ، بحكم أن إثبات اليد هو المظهر المادى للحيابة التى لا تتحقق به وحده . ومع ذلك فقد أطلق الأحناف عبارة ( ذى اليد ) فى معنى مرادف لمعنى الحائز ، وقد نصت المادة ١٦٧٩ من العدلية لذلك على تعريف ذى اليد بأنه : هو الذى وضع يده على عين بالفعل أو الذى ثبت تصرفه تصرف الملاك ) وقد أثبت صاحب مرشد الحيوان أحكام وضع اليد فى المواد من ١٥١ إلى ١٦١ . واليد بهذا المعنى هو اصطلاح الحنابلة<sup>(١)</sup> والشيعنة الإمامية<sup>(٢)</sup> عنوانا على الحيابة . ويتفق القانون الانجليزى مع الفقه الإسلامى الذى يعد أقرب النظم القانونية الحديثة شها بهذا الفقه من حيث سلطة القاضى وعدم الاهتمام بوضع النظريات العامة التى اشتهر بها القانون الرومانى والنظم اللاتينية المتفرعة عنه ، وذلك فى إسناد ملكية الأرض إلى الدولة وإقامة العلاقة بين الأرض وصاحبها على الحيابة لا على الملكية واعتبار الحيابة سندا أو دليلا على الملكية<sup>(٣)</sup> .

أما الملكية فتعرف فى الفقه الإسلامى بأنها القدرة على التصرف ابتداء إلا للمانع ، كما يعرف الملك بأنه الاختصاص الحاجز ، أو هو تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بناية عنه من الانتفاع بالعين ومن أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة .

ولا شك فى أن حماية حقوق الحيابة والملكية من المقاصد الرئيسية فى أى نظام قانونى ، حيث تمثل أهداف حماية الحياة والحرية والملكية الأهداف التى يسعى القانون إلى حمايتها . ولا تنحصر حقوق الملكية فى مكتنة التصرف فى الأعيان المملوكة ، وإنما تشمل مع ذلك الحق فى اكتساب هذه الأعيان وحيازتها واستعمالها والتصرف فيها وحجز الغير عن التعدى عليها . والحفاظ على حقوق الملكية ذو أثر بعيد فى تحقيق حرية الفرد . ولا فرق فى النهاية بين وضع القيود على سلطتى فى التصرف فى الملك أو فى اكتسابه أو فى الاحتفاظ به واستعماله ؛ فمن شأن مثل هذه القيود أن تدمر حريتى . وفى بداية هذا القرن اختلط مفهوم

(١) انظر للمادة : ٢٢٤٥ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٢) القواعد الفقهية للجسورى : ١٠٩/١ ، ٤٧/٤ .

(٣) الحجة والقواعد فى الفقه الإسلامى ص ٥٠ .

الملكية الخاصة بمفهوم الحرية في التفكير القانوني الأمريكي ، وأصبح الموضوع الرئيسي في القانون لذلك هو حماية حقوق الملكية الخاصة . وقد اختلف الوضع في منتصف هذا القرن واحتلت الملكية وحمايتها مكانا تاليا للمكانة التي تبوأتها الحرية في هذا التفكير ، مما جعل ظهور نظرية التعسف في الحق Abuse of right أمرا ممكنا . ومع ذلك فما تزال النظرة السائدة في هذا التفكير هي وجوب حماية حقوق الملكية باعتبارها شرطا لتحقيق كل من الحرية الفردية والمصلحة الاجتماعية . والإحساس العام أن الحفاظ على حق الفرد في التملك هو الحافز الفطري الذي يدفعه للعمل لمصلحة المجتمع .

٢٧٩ - الحكم الشرعي للغصب : على الرغم من إدراك أهمية الحوافز المعنوية في توجيه الإنسان للعمل لمصلحة مجتمعه فإن الشريعة قد عملت على حماية حقوق الملكية والحيازة بتحديد أسبابهما وفرض العقوبة على التعرض لصاحب الحق فيهما وإيجاب الضمان على الضرر المتعلق بهما . وفي هذا الإطار وردت النصوص الشرعية بتحريم التعدى على أموال الغير .

من ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ <sup>(١)</sup> وقوله عز وجل : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ <sup>(٢)</sup> . وقد استبدل المفسرون والعلماء بهاتين الآيتين على تحريم الغصب ، ومعناها لا يأكل بعضكم أموال بعض بالغصب والظلم وسائر الوجوه التي لا تحمل كالبها والقمار والاحتكار والغش والتدليس وغير ذلك <sup>(٣)</sup> .

وبما يدل على تحريمه في السنة قوله ﷺ : « لَا يَأْخُذُنْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ أَخِيهِ جَادًّا وَلَا لَاعِبًا ، وَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُرِدْهَا عَلَيْهِ » . وقد روى أنس قوله ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِبِّ نَفْسِهِ » .

(١) البقرة : ١٨٨ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) انظر تفسير المنار محمد رشيد رضا : ٤٠/٥ ، والكشاف للزحرفي : ٢٣٣/١ ، وتفسير الطبري :

١٣٣/٢ ، والبحر المحيط : ٥٥/٢ .

وفى هذا الباب ورد كذلك قوله ﷺ : « من اقتطع شبرا من الأرض بغير حقه طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين » ، ومعنى طوقه أن يكلف بجعله كالطوق في عنقه جزاء له على ما فعل ولا يستطيع ذلك فيعذب به . ويقضى المبدأ الذى أرساه النبي ﷺ في خطبة الوداع بحرمة دم المسلم وماله وعرضه<sup>(١)</sup> . أما ما يوجبه الغصب فقد أجمله الحديث الجامع المشهور بين جميع الطوائف الإسلامية والذي رواه العامة والخاصة<sup>(٢)</sup> ، وهو قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤديه . وفى رأى البجنورى أن البحث عن سند هذا الحديث وأنه صحيح أو ضعيف لا وجه له ، ( لأنه بعد هذا الاشتهار بين الفقهاء وقبولهم له والعمل به فيكون موثوق الصدور الذى هو موضوع الحجة ، بل لا يبعد أن يكون من مقطوع الصدور )<sup>(٣)</sup> . ومعناه أن حيازة مال الغير والاستيلاء عليه بغير إذن من له الحق فى الإذن بمحيازته سبب لإيجاب الضمان من جهة خطاطب الوضع ، ويترتب عليه من جهة التكليف وجوب رد المحوز إلى صاحب الحق فى حيازته .

ولا خلاف بين الفقهاء على الحكم بحرمة الغصب وإيجابه الضمان برد عين المغصوب أو مثله أو قيمته . وإجماع الفقهاء كذلك على أن الغصب سبب للإثم والعقوبة فى الآخرة إذا صدر من مكلف تعمد فعله ، ويرجى ألا يكون آنما إذا فعله على سبيل الخطأ ، لأن الخطأ موضوع عن الأمة ، كما أنه لا يعاقب به عند عدم التعمد فى الدنيا ، لانتهاء الركن المعنوى للجريمة وهو النية . أما إيجاب الضمان بالغصب فلا فرق بين الخطيئة والعماد والعاقل والمجنون والصغير والكبير لأن وجوب الضمان من الأحكام الوضعية التى لا يشترط فيها ما يشترط فى الأحكام التكليفية من الأهلية للخطاب .

وبهذا فإن للغصب حكمين :

(١) راجع حله الأحاديث وتخريجها فى نيل الأوطار : ٦٢/٦ ، وسبل السلام : ٧٢/٣ ، والدرابة فى تخرىج أحاديث البداية لابن حجر : ٢٠١/١ ، وستن البهى : ٦/١ .

(٢) القواعد الفقهية للبجنورى : ٤٧/٤ .

(٣) السابق : ٤٨/٤ .

الأول وضعى : وهو إيجاب الضمان الذى يترتب على الفعل مطلقا باعتباره عدوانا على حق من حقوق العباد .

والثانى تكليفى : هو الحرمة وإيجاب الإثم والعقوبة بالنظر إلى ما فيه من عدوان على حقوق الله تعالى ، لذا يشترط للعقوبة به التكليف والنية ، ولا يعاقب به المجنون والصغير ، لعدم أهليتهما للخطاب الجنائى . وللحاكم معاقبة البالغ به وإن عفا المصنوب منه رعاية لحق الله تعالى . أما جواز معاقبة الصغير المميز به فإنه ليس على سبيل المجازاة بل على سبيل التأديب . وهذا هو معنى قول الدردير ( وأدب غاصب يميز صغيرا وكبير ، بخلاف غيره كمجنون وصمى لم يميز لحق الله تعالى ، ولو عفا عنه المصنوب منه باجتهاد الحاكم . وإنما أدب الصمى لأنه لدفع الفساد وإصلاح حاله )<sup>(١)</sup> . ويدل ذلك على أن غصب مال الغير عدوان على حقوق العباد وحقوق الله تعالى عز وجل ، وأن وجوب الضمان فى مقابلة العدوان على حقوق العبد ، جبرا للضرر ، وأن وجوب العقوبة التمهيدية إذا اجتمعت شروطها فى مقابلة حقوق الله عز وجل لزجر المعتدى وردعه هو وغيره عن ارتكاب مثل ذلك .

والذى قصدت إليه الشريعة من ترتيب هذه الأحكام على الغصب هو حماية حقوق الملكية التى تعد الحيازة دليلا عليها ومظهرها من مظاهرها وسبيلا للانتفاع بها . وفى ذلك يقول محمد حسين آل كاشف الغطاء : إن اليد هى أمانة على الملكية شرعا وعرفا ، فهى عبارة عن السلطنة والاستيلاء على العين الخارجية . وتعرف هذه السلطنة والاستيلاء بآثارها . وهى تختلف باختلاف الأعيان والأجناس والزمان والمكان والأوضاع ، فاليد على الدراهم أى السلطنة والاستيلاء عليها يحصل بوضعها فى جيبه أو محفظته أو ما شاكل ذلك ، واليد على الدابة يركوبه عليها ووضعهما فى اصطبله واليد على الدار سكنه فيها وإيجارها واليد على الأرض بالزرع فيها<sup>(٢)</sup> .

(١) الشرح الكبير بهامش الدرر : ٤٤٢/٣ .

(٢) تحرير المجلة : ١٥٠/٤ .

## ٢٨٠ - الغصب والإتلاف والإيذاء : ترتد الأفعال الموجبة

للضمان إلى واحد من الأسباب التالية :

(أ) التعدى التعدى على حق الحيازة . بإثبات اليد دون حق ، وذلك هو الغصب الذى يتقيد بالأموال والحقوق المالية دون غيرها . ولا يختلف الفقهاء لذلك فى أن الحر ليس محلاً للغصب ، لأنه ليس بمال<sup>(١)</sup> . ومن جهة أخرى فإن الغصب لا يشترط فيه عند أحد من الفقهاء التعدى على حق الملك ، فإن ملك المغمصوب منه لا ينتقل إلى الغاصب بمجرد الغصب اتفاقاً ، ما دام المغمصوب فى يده على حاله التى كان عليها عند غصبه . وإنما يكفى لتحقيق الغصب مجرد نقص حق الحيازة أو اعتراض هذا الحق . ويبدو أن السؤال عن طبيعة الحق المعتدى عليه فى الغصب ، وما إذا كان هو حق الملكية أو الحيازة ، قد ثار لدى الفقهاء . ويدل مذهب الأحناف فى عدم تحقق الغصب فى العقار ، من جهة أنه لا يمثل تهديداً للملكية المغمصوب منه ، على أنهم كانوا يشترطون فى الغصب تهديد الملكية أو أنهم كانوا لا يفرقون بين الحيازة والملكية فى العقار ، بمعنى أن الحيازة تابعة للملك فى العقار بحيث لا تنتقص إلا بانتقاضه .

(ب) يقابل الإتلاف الغصب فى التعدى على الأموال ، ويمثلان معا فيما لا يختلف فيه الفقه الإسلامى عن غيره أهم الأسباب الموجبة ل ضمان الأموال والحقوق المتعلقة بها . وإنما يختلفان فى أن التعدى بالإتلاف يشمل المال والإنسان على حين يختص الغصب بالأموال وحدها . ومن جهة أخرى فإن الغصب ينشأ عن الحق فى استرداد المغمصوب نفسه إذا كان باقيا ويمكن استرداده دون خطر يترتب على رده . أما فى بعض صور الإتلاف فإن هذا الحق لا ينشأ . ويهدى أن انتفاء أحد هذين الضمانين ، ضمان الغصب و ضمان الإتلاف ، لا يترتب عليه سقوط الآخر ، فالأحناف الذين لا يقولون بحريان الغصب فى العقار يوجبون الضمان بإتلافه وتعييبه أو انتقاصه . وكذلك فإن أخذ الصغير لا يوجب ضمانه ضمان غصب ، لأن يد الغاصب لا تثبت عليه من جهة أنه ليس بمال . لكنه يضممه

(١) المبسوط للرمسى : ٢٠/٢٧ ، والأشبه والنظائر لابن نجيم : ١٣١ ، وبدائع الصنائع للكاسانى : ١٤١/٥ ، والإصناف للردوى : ١٢٧/٦ .

لو تسبب بأخذه في إتلافه ، كأن مرض فلم يطفيه ، أو تركه دون رعاية فضاخ ، أو نقله إلى أرض تكثر فيها الصواعق والسباع والحيات ، أو أركبه دابة وهو لا يمكنه إمساك نفسه . وإنما يضمن في كل ذلك ضمان إتلاف لتعديده بتفويت يد الرولى الذى يقوم على حفظه ويمكنه أن يتحرز عن هذه الأخطار . وقد أخذ الشافعية وزفر بعدم الضمان في بعض هذه المسائل ، وكأنهم رأوا أن نفى أحد هذين الضمانين يوجب نفى الآخر . ولا يتفق ذلك مع قواعدهم العامة في الضمان . والاتفاق على أنه إذا مات الصبى بصاعقة أو بمرض أو فجأة دون تقصير أخذه في الحفظ والرعاية والتطبيب أنه لا يجب الضمان ، لأن الموت بذلك أمر يدرك المرء في أى مكان ، فام ينسب إلى فعله وهو الأخذ

والإتلاف هو إخراج الشيء عن صورته أو معناه ومنفعته على نحو جزئى أو كلى ، كذبح الحيوان ، وكسره وجرحه وتعييب السيارة والتسبب في جفاف البئر ، وغير ذلك مما سيأتى توضيحه في حينه . وفي التعدى على الأموال يختلف الغصب والإتلاف في ورود الأول على الحيابة وتأثير الآخر في الملكية ، لأن الإتلاف أو التعيب البالغ مبلغ الإتلاف قد يبطل تعلق الملكية بمثل هذا المال . (ج) الإيذاء أو الإزعاج : يرجع الضمان إلى الإيذاء أو الإزعاج في أحوال كثيرة لا يرجع التعدى فيها إلى معارضة حقوق الحيابة أو الملكية ، وإنما يرجع إلى معارضة حقوق الانتفاع بالمال المنفعة المقصودة . من ذلك إقامة حائط في الملك يسد على الجار الضوء والريح ويجعل انتفاعه بملكه أمرا متعذرا . ومن ذلك أيضا اتخاذ بيدر يؤدى الدياس والتذرية فيه إلى إثارة القبار والأثرية على الجيران . ومن جنسه زراعة أشجار تذهب أغصانها وجذورها في ملك الجار على نحو يفسد عليه انتفاعه بهذا الملك . ويناقش الفقهاء أحكام هذه المسائل في الأبواب التى عقدوها لبيان أحكام الأبنية والحوائط والجيران ، مما يأتى بيانه عند بحث أحكام التعسف في استعمال الحقوق . ويختلف التعدى في الإيذاء والإزعاج عن كل من الغصب والإتلاف ، من حيث إنه لا يبطل أيا من حقوق الحيابة أو الملكية .

## ٢٨١ - المَغْصُوب : يشمل المغصوب أيا من الأموال أو الحقوق

المالية التالية :

( أ ) الأموال المنقولة بلا خلاف بين الفقهاء في ورود الغصب عليها ، طبقا لما سلفت الإشارة إليه في مبحث الضرر . ويلتحق الخلاف بين الأحناف والشافعية في ضمان محرر الذمي وخنزيره باختلافهم في اعتبار ماليتها وتوجه الخطاب الشرعي إليه . ويلخص الكاساني هذا الخلاف بقوله : ( إذا غصب محرر المسلم أو خنزيرا له .. لا يضمن ، سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا ، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ، وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب . ولو غصب خمرا أو خنزيرا للذمي فهلك في يده يضمن سواء كان الغاصب ذميا أو مسلما . غير أن الغاصب سواء كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته ، وإن كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا . وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان <sup>(١)</sup> . وإنما تصدق حكاية مذهب الشافعي على هذا الوجه إذا تلفت الخمر والخنزير في يد الغاصب ، لكن لو بقيا في يده فإنه يؤمر بردهما إلى الذمي إذا لم يكن قد أظهرهما في مكان عام بنحو بيع أو شرب أو هبه ، تحقيقا للأمر الوارد في الحديث بتركهم وما يدينون .. أما إن أظهر الخمر بشيء من ذلك فإنها تراق عليه لتعديه على قيم المجتمع المسلم <sup>(٢)</sup> .

ولا يشترط للضمان تقويم المغصوب بحال غصبه ؛ فإنه يضمن إذا طرأ عليه .  
التقويم بعد الغصب . فلو غصب محرر مسلم فخللها فلصاحبها أن يأخذها من غير شيء ، لأن ( الملك كان ثابتا له في الخمر ، وإذا صار خلا حدث الخل على ملكه ) . ولكن لو حدث التقويم بإضافة عين من الأعيان المتقومة فإن الغاصب يستحق قيمة مآضاه إذا أراد المالك أخذه ؛ فلو غصب جلد ميتة وديبه بشيء متقوم فإن المالكه أن يأخذ منه ، ( ويغرم له ما زاد الدباغ فيه ، لأنه ملك صاحبه ، وللغاصب فيه عين مال متقوم قائم فلزم مراعاة الجانيين .. وليس له أن

(١) البدائع : ١٤٧/٧ ، وانظر البسيط للسرغسي : ١٠٢/١١ ، وحاشية ابن عابدين : ١٤٧/٥ ، والوضوح : ٧٨٤/٢ .

(٢) حاشية الجمل : ٤٨١/٣ ، ولللهب : ٣٧٤/١ .

يضمنه قيمة الجلب ، لأنه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب (١). أما لو طرأ عدم التقوم على المتقوم فإن الغاصب يضمنه ، لأنه أتلف مالا متقوما ، فلو غصب عصيرا فصار مخرا ضمن عصيرا مثله ، لأنه هلك في يده بهذا التحول ، والعصير من ذوات الأمثال فيضمن بالمثل .

(ب) العقار في مذهب الجمهور وفي رأي محمد بن الحسن الشيباني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف فيما سلفت الإشارة إليه عند بحث أنواع الأضرار المالية .

(ج) منافع الأموال بالتفصيل السابق في مبحث الضرر .

(د) زوائد المخصوص ونقصانه حسبما سبقت الإشارة إليه .

(هـ) منافع الحر ، وقد سبقت الإشارة إليه أيضا .

(و) منفعة الأثمان على النحو السابق بيانه

وقد سبق ترجيح رأي الجمهور في ضمان هذه الأضرار جميعها .

٢٨٢ - الغاصب ذو الشبهة : لا فرق بين الغاصب ذي الشبهة وبين من لا شبهة له في حيازة مال غيره من حيث وجوب ضمان أعيان الأموال المضمومة أو زوائدها المتولدة عنها . والغاصب ذو الشبهة في الاصطلاح الفقهي هو الحائز لمال غيره دون رضا هذا الغير أو إذنه ، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير . من ذلك أن يشتري شيئا أو يرثه أو يوهب له وهو يجهل أن هذا الشيء ملك لغير المورث والبائع والواهب . ويقابل ذو الشبهة مصطلح ( الحائز حسن النية ) في التفكير القانوني . وقد نصت المادة ٩٦٥ من القانون المدني المصري على تعريف هذا الحائز ، ولفظها : ( ١ - يعد حسن النية من يجوز الحق ، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم . ٢ - فإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس ) . وتنص المادة ٩٦٦ على أنه : ( ١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما بأن حيازته اعتداء .

(١) البائع : ١٦٣/٧ ، وحاشية ابن عابدين : ١٤٨/٥ ، وحاشية الجمل : ٤٩/٣ .

على حق الغير . ٢ - ويؤول حسن النية من وقت إعلان الحائز يعيوب حيازته في صحيفة الدعوى . ويعد سوء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره ) .  
... ويفترق الحائز الحسن النية عن السوء النية في القانون المدلى المصرى ،  
حسبما أوضحته المادتان ٩٨٣ ، ٩٨٤ ، في أن للحائز الحسن النية أن يستعمل  
المحوز دون ضمان لما انتفع به ، ولا يكون مسعولا . قبل المالك ( عن أى تعويض  
بسبب هذا الانتفاع ) ، وكذلك لو نقصت قيمة الشيء المحوز بهذا الانتفاع فإنه  
لا يضمن هذا النقص ، ولو هلك بغير خطأ الحائز ، كأن هلك بأفة سماوية ،  
فلا يكون مسئولاً عنه ( ما دام أنه كان يستغله وفقا لما يحسب أنه حق له .  
ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ  
تأمين أو تعويض . ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم شيئا وهو حسن النية ،  
وتصرف فيه بموؤ ، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض <sup>(١)</sup> . أما الحائز السوء  
النية فإنه يكون مسئولاً عن منفعة المخصوص وعما طرأ عليه من نقص باستعماله  
والانتفاع به وعن زوائده ، كما لو جنى ثماره فإنه يلتزم بردها للمالك ، وهو  
مسئول عن هلاك الشيء وتلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى ، فيرد  
المالك قيمة الشيء وقت الهلاك ، أو يرد الشيء نفسه إذا تعيب مع التعويض عن  
نقص قيمته إذا كان التلف جزئيا <sup>(٢)</sup> .

٢٨٣ - ومسئولية ذى الشبهة في الاصطلاح المالكى أو الحائز لمال غيره  
بتأويل مال أو عقد في الاصطلاح الحنفى <sup>(٣)</sup> أبسر من مسؤولية الغاصب العالم  
بغصبه . ويتضح ذلك في أن المالكية يرون عدم الجمع بين ضمان الرقبة والمنفعة  
على الحائز ذى الشبهة ؛ فقد نصوا على أن الغاصب للرقبة إذا تصرف فيها بجهة  
أو بيع ولم يعلم الموهوب له ولا المشتري بواقعة الغصب فإن للمغضوب  
منه عندهم أن يرجع على الموهوب له بغلة المغضوب ومنفعته ، ويسترد العين إذا  
كانت قائمة . أما إذا تلفت فليس للمغضوب منه إلا أخذ قيمة المنفعة وحدها

(١) الوسيط للسورى : ٩٧٩/٩ .

(٢) السابق : ٩٨١/٩ وما بعدها .

(٣) الملحة : ٥٩٧ ، ٥٩٨ من المئيلة .

أو الرقية وحدها ، ( إذ لا يجمع بين القيمة والغلة )<sup>(١)</sup> . وكذا لو انتقلت العين من الغاصب بوفاته إلى وارثه فإن الوارث الجاهل بالغصب ينفع قيمة الغلة أو المنفعة المستفادة إذا كانت العين قائمة . أما إذا كانت تالفة فإن الوارث إما أن يؤدي قيمة العين أو المنفعة ، ولا يطالب المصوب منه بهما معاً ، لأنه لا يجمع بين القيمة والغلة<sup>(٢)</sup> في أحوال الجهل بالغصب . أما إذا كان الوارث والموهوب له والمشتري عالين بالغصب فإنهم يمترون غصاباً ، ويعاملون معاملتهم من حيث وجوب أداء كل من القيمة والغلة<sup>(٣)</sup> .

ويقيد المالكية تطبيق قاعدة عدم اجتماع ضمان القيمة والغلة على ذى الشبهة بالأى يكون المورث مديناً . وتقرباً على ذلك فإن الوارث إذا استغل الموروث ( ثم طرأ عليه صاحب دين فإن الوارث لا غلة له ، وبضمنها لصاحب الدين الطارئ ، ولا غلة للوارث المطرود عليه .. سواء علم أم لا . وظاهره أنه لا غلة للوارث المطرود عليه الغريم ، ولو ناشئة عن تجرّ الوارث أو الوصي ، وهو كذلك . فإذا مات شخص وترك ثلاثمائة دينار مثلاً وترك أيتاماً فأخذ شخص الوصية عليهم وتجرّ بالقدر المذكور حتى صار ستائة مثلاً ، فطرأ على الميت دين قدر الستائة أو أكثر فإنه يستحق جميع ذلك )<sup>(٤)</sup> .

ويتفرع على الأصول السابقة أحكام المالكية في الفرعين التاليين :

( أ ) ( من زرع أرضاً بوجه شبهة أو أكثرها بوجه شبهة ، بأن كان وارثاً أو كان اشتراها من الغاصب ولم يعلم بالغصب وما أشبه ذلك ثم يستحقها شخص آخر قبل فوات إبان ما تراد تلك الأرض لزراعته فليس للمستحق إلا كراء تلك السنة . وليس له قلع الزرع ، لأن الزارع زرع فيها بوجه شبهة . وأما إن فوات الإبان فليس للمستحق على الزارع شيء من كبراء تلك السنة ، لأنه قد استوفى منفعتها . والغلة لذى الشبهة والجهول بالحكم )<sup>(٥)</sup> .

(١) الخري : ١٤٧/٦ .

(٢) الخري : ١٤٧/٦ ، ١٤٦ .

(٣) السابق : ١٤٦/٦ .

(٤) الخري : ١٥٤/٦ ، وحاشية الدسوقي : ٤٦٣/٣ .

(٥) الخري : ١٥٢/٦ .

(ب) (الغلة لدى الشبهة والمجهول الحكم يعني أن من اشترى شيئا أو استأجره أو وهب له ولم يعلم أن بائعه أو مؤجره أو واهبه غاصب فاشتبه ثم استحق شخص فإن الغلة لدى الشبهة إلى يوم الحكم به لذلك المستحق . وكذلك من جهل حاله ، أى لا يعلم هل هو غاصب أو غير غاصب وهل واهبه غاصب أو غير غاصب إذا استغل شيئا ثم استحق فإن الغلة له إلى يوم الحكم للمستحق) (١).

٢٨٤ - أما الأحناف فإن ملهيم يمنع من ضمان المنافع ، لقاعدتي الخراج بالضمان ، والأجر والضمان لا يجتمعان . لكن المتأخرين أوجبوا ضمان المنافع في الاستثناءات الثلاثة المشهورة وهي : ١ - كون المقصود وقفا .

٢ - أو مال يتيم ٣ - أو معداً للاستغلال (٢) . ويفرق الأحناف بين مسؤولية الغاصب ذى الشبهة وغيره في حكمهم باشتراط انتفاء الشبهة في الانتفاع بالأعيان المعدة للاستغلال لضمان منافعها . وقد نصت على ذلك المادة ٥٩٧ من العدلية ، حيث جاء فيها : ( لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال . مثلاً : لو تصرف أحد الشركاء بالاستقلال في المال المشترك بدون إذن شريكه فليس للشريك الآخر أن يطالبه بأجرة حصته ، لأنه استعمله على أنه ملكه ) . وقد نصت المادة ٥٩٨ من العدلية على الحكم في غصب منافع الأموال المعدة للاستغلال بتأويل عقد ، ولفظها : ( لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد ، وإن كان معداً للاستغلال . مثلاً لو باع واحد من آخر حائوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره ، وذلك بدون إذن شريكه ، وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز البيع الشريك الآخر واسترد حصته من المبيع فليس له أن يطالب بأجرة حصته ، وإن كان الحائوت معداً للاستغلال ، لأن المشتري استعمله بتأويل عقد ، بمعنى أنه تصرف فيه بحكم عقد البيع فلا يلزمه من ثم ضمان المنفعة . كذلك لو باع واحد من آخر رحي على أنها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري ظهر لها مستحق فأخذها منه بعد الإثبات والحكم فليس له أن يأخذ

(١) المحرر : ١٠٤/٦ .

من المشتري أجرة الرضى لتصرفه فيها المدة المذكورة ، لأن في هذا أيضا تأويل  
( عقد ) .

أما منفعة الوقف وأموال اليتيم فإنها مضمونه عند متأخرى الأحناف ضمانا  
مطلقا ، سواء استفيدت بوجه شبهة أو بدونها ؛ فلو سكن شخص دارا موقوفة  
أو ليتيم دون إذن وليه وجبت أجرة المثل ، ولا يدفع الوجوب ادعاء هذا الشخص  
أن الدار مملوكة له .

٢٨٥ - وكذلك فإن مسؤولية ذى الشبهة أيسر من غيره في المذهبين  
الشافعي والحنبلي . ويتضح ذلك في حكمهم بحق ذى الشبهة في الرجوع بما غرمه  
على من غره . وهو إنما يفرم لا باعتباره ضامنا بل باعتباره طريقا للضمان . وبهذا  
فإن الضمان في هذين المذهبين لا يستقر على الحائز الحسن النية إلا إن استفاد بتلف  
المحوز أو كانت حيازته له على وجه الضمان . إذ يذكر بعض الشافعية فيما  
لو غصب عينا وباعها وقبضها المشتري وتلفت عنده أن للمغصوب منه الخيار  
في تضمين المشتري أو الغاصب . لكن لو اختار تضمين المشتري وضمنه العين  
وبدل النقصان لم يرجع بما ضمنه في مقابل العين لأنه التزم ضمانا بالعقد وتملك  
على حسابه ، ويرجع ببطل النقصان إن شاء لأنه غرمه بتفريط الغاصب فكان له أن  
يرجع عليه<sup>(١)</sup> . ومن جنسه ما لو ( غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا  
فللمالك أن يضمّن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمّن الأكل لأنه أكل ما لم يكن  
له أكله . فإن ضمن الأكل نظرت ، فإن عليم أنه مغصوب فأكله لم يرجع  
على الغاصب بما ضمن ، لأنه غاصب استهلك ولمغصوب فلم يرجع بما ضمنه .  
فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان : .

أحدهما : ( يرجع لأنه غره وأطعمه على ألا يضمّنه ) .

والثاني : ( لا يرجع لأنه حصل له منفعة )<sup>(٢)</sup> .

ويختلف الشافعية والحنابلة مع ما أخذ به القانون المصري في الحكم بنفى

(١) المجموع شرح المهلب للنووي : ٢٦٩/٤١ .

(٢) السابق : ٢٧٠/١٤ .

ضمان المنفعة إذا كان الحائز حسن النية ؛ فإنهم يحكمون بوجود الضمان إذا وجد سببه ، ويستقر ضمان الأعيان والمنافع على من تسبب فيه أو على الذى يجب عليه تحمله ، فإن ( المستأجر من الغاصب جاهلاً أنه مغبوب ، إذا تلفت العين فى يده بلا تفريط فغرم يرجع عليه بقيمة المغبوب لا بقيمة المنفعة . لكن لو كان عالماً بالغصب أو تلفت بتفريطه لم يرجع بشئ . أما إذا ضمن الغاصب رجوع بقيمة المنفعة فقط ويسترد المستأجر العوض المدفوع )<sup>(١)</sup> .

والخلاصة أن الغاصب ذا الشبهة الذى يحوز مال غيره جاهلاً بظن أنه يحوز ما هو من حقه أخف من غيره مسئولية فى الوجوه التالية :

— عدم استقرار الضمان عليه بشرط عدم انتفاعه بتلف المال المغبوب أو استهلاكه ، وبشرط ألا يكون قد وقع عليه الضمان بسبب آخر غير التعدى فى الحيازة .

— عدم ضمان المنفعة عند متأخرى الأحناف فى المال المد للاستغلال فى الحيازة بتأويل ملك أو عقد وعند المالكية فى المال المد للاستغلال أو غيره .

### المبحث الثانى : مفهوم الغصب فى القانون الإنجليزى

٢٨٦ - تقديم : يحتل التعدى على الأموال ، بالغصب أو الاتلاف ، مكاناً هاماً فى نظام الأخطاء المدنية فى القانون الإنجليزى . ويشمل التعدى على العقارات والمنقولات Torts to land and goods الصور التالية :

١ - التعدى المباشر Trespass على العقارات وعلى حق الحيازة Possession فى المنقولات Chattels<sup>(٢)</sup> ؛ فمجرد الدخول إلى أرض الغير أو حيازتها والتصرف فيها مما يدخل تحت هذا النوع من التعدى . ومنه فى المنقولات أن يخرج أحد دواب غيره من مكانها أو يطلق سراحها بغير حق . ومن جنسه ما حدث فى قضية Foulds v. Willoughby ( ١٨٤١ م ) حيث أخذ المدعى جواده إلى ظهر سفينة المدعى عليه لنقلهما . لكن المدعى عليه رأى ألا

بتقليهما ، وطلب أنزالهما من السفينة واقتيادهما إلى الشاطئ . ولما رفض المدعى تنفيذ هذا الطلب قام المدعى عليه بإخراجهما إلى الشاطئ ، بنفسه فاعتبرت المحكمة فعله هذا من قبيل التعدي المباشر Trespass على منقولات الغير<sup>(١)</sup> .

٢ - التصرف العمدى فى الأموال المنقولة للغير على نحو يؤدى إلى الإضرار بهذا الغير . ويطلق على هذا النوع من التعدي اصطلاح Conversion أو Trover . من ذلك أن يقوم الناقل بتسليم المنقول إلى المرسل إليه Consignee بعد أمر المرسل بوقف هذا التسليم . ومنه كذلك أن يقوم شخص بتغيير خصائص مال غيره كالتخاذ العصور من العنب وصياغة الذهب حليا . وإذا كان من حق الشريك أن يجوز المال المشترك كله فإنه يصير متعديا هذا النوع من التعدي Conversion لو تصرف فى المال تصرفا ضارا بحقوق سائر الشركاء ، كأن يبيعه أو يستهلكه<sup>(٢)</sup> . ويدخل فيه كذلك التصرف الضار بالغير فى منقوله على نحو يخالف إذنه . ففى قضية Moorgate Mercantile Co. Ltd v. Finch and Read (١٩٦٢ م) أعطت الشركة سيارة فى عقد شراء إيجارى - Hire Purchase Contract<sup>(٣)</sup> إلى أحد المدعى عليهما ، فأعارها للآخر الذى نقل فيها سلعا لم توف رسوما الجمرية فصادرتها سلطات الموانئ . وقد احتفى Finch فألقت المحكمة عبء تعويض الشركة المتضررة على غائى Read الذى استعار السيارة ، بناء على أنه كان من واجبه أن يدرك وجودا احتمالا المصادرة للسيارة باستعمالها هذا النوع من الاستعمال .

وبهذا فإن أخذ أموال الغير عندا للانتفاع بها أو لاستهلاكها وإتلافها أو لبيعها لمصلحة الآخذ نفسه أو لمصلحة غيره بما يدخل فى مفهوم Conversion . وقد ورد تعريفه لذلك بأنه : التصرف المتعمد فى منقولات الغير على وجه يؤدى إلى الإخلال بحقوق هذا الغير فى حيازتها<sup>(٤)</sup> . ويعد منه لذلك

(١) السابق : ٢١٢ .

(٢) السابق : ٢١٣ .

(٣) هذا هو بيع الاستغلال فى اصطلاح مجلة الأحكام العدلية ، مادة : ٦٠٦ .

(٤) Remedies of English Law P. 124 .

مجرد حبس مال الغير Detention ورفض تسليمه إليه ، كما في قضية Howard فيها عام ١٩٨٠ م حيث رفض المدعى عليه تسليم حديد المدعي إلى عماله أثناء إضراب عمال الحديد ، خشية قيام بعض العمال بتدمير هذا الحديد إذا انتقل من المخازن. المأمونة ، تعبيرا عن تضامنهم مع العمال المضربين . ورغم ذلك اعتبر ممثل الشركة مسفولا دون التفات إلى الباعث على إبقائه الحديد في المخازن ورفضه تسليمه إلى ممثل المدعي وعماله<sup>(١)</sup> . وكذلك لا يشترط قصد المعتدى إلى ملكية الشيء المأخوذ ، فلو أخذ مالا للغير ، لا ليتصرف فيه تصرف المالك وإنما لقصد إنشاء امتياز Lien لنفسه على هذا المال لضمان الوفاء بحقه كان متعبدا ، وإن دخل هذا النوع من التعدي تحت عنوان التعدي المباشر Trespass .

والفرق بين التعدي المباشر Trespass وبين Conversion أن التصرف في الأول موجه إلى الحق في الحيازة Possession وأن الآخر موجه إلى المال نفسه وإن استلزم التعدي على الحيازة كذلك .

٣ - حبس المال Detention ومنعه من صاحبه بتصرف فيه . وقد ألغاه قانون ١٩٧٧ وأدرج التعديبات بحبس المال ضمن التعدي بالاستيلاء Conversion .

٤ - الإهمال الضار بالغير . ومن الواضح أن الغصب في الفقه الإسلامي يقابل كلا من التعدي المباشر Trespass والتعدي بإثبات اليد على مال الغير Conversion . وتوضيح الفرق بينهما بالتعبير الفقهي أن الأول - فيما يبدو لي - يتضمن نفي اليد المحقة ، أما العنوان الآخر فيتضمن كلا من النفي لليد المحقة والإثبات لليد المعتدية .

٢٨٧ - الواجب بالغصب ، ورد المفصوب : إذا كانت مسئولية الغاصب في الفقه الإسلامي مطلقة ، بمعنى أنها تنشأ بمجرد الاستيلاء على مال الغير بغير حق فإن القانون الانجليزي يعتبر الأخذ لمال الغير سببا كافيا لإنشاء

الضمان . ولذا لا يعد الجهل أو الخطأ في الأخذ علرا بنفى الضمان أو المسؤولية ؛  
ففى قضية *Hollins v. Fowler* التى صدر الحكم فيها عام ١٨٧٥ م استولى  
أحد الناس بطريق الخداع والغرور على فطن المدعى ، وأعطاه للمدعى عليه الذى  
يعمل سمسارا كى يبيعه له . ولأن السمسار لا علم له بواقعه الغرور والخداع فقد  
أعطى الثمن إلى الشخص الذى سلمه القطن . ورغم حسن نية وأنه لا يعد مخطئا  
من الناحية الخلقية فإن تصرفه فى مال غيره بغير إذنه كان هو الأساس الذى  
استندت إليه المحكمة فى الحكم بمسؤولية هذا السمسار وبإلزامه بالضمان .  
ولا يشترط فى هذين النوعين من التعدى حدوث الاستيلاء بالفعل على أموال  
المدعى ، وإنما يكفى التسبب فى استيلاء الغير على هذه الأموال ؛ ففى قضية  
*Hiort v. Bott* التى حكم فيها عام ١٨٧٤ م قام المدعون بشحن كمية  
من الشعير إلى المدعى عليه بناء على برقية وكيلهم وأرسلوا إلى المدعى عليه إذن  
التسليم ، فوقع على ظهر هذا الإذن بما يفيد تحويله إلى وكيل المدعين الذى أخذ  
الشعير واختفى . فحكمت المحكمة بالضمان على المدعى عليه لتصرفه فى مال  
غيره تصرفا غير مأذون فيه نشأ عنه ضياع مال الغير .

٢٨٨ - . ويوجب هذان النوعان من التعدى ما يوجب النصب فى الفقه  
الإسلامى . إذ ينشئ الاستيلاء على مال الغير *Conversion* حق المتضرر  
فى استرداد عين ماله من المعتدى برفع دعوى يطلب فيها رد ماله إليه أو بالظفر  
بها بنفسه *Self help* شريطة عدم اللجوء إلى أى نوع من العنف . وعلى الرغم  
من الرغبة التى يبدىها مالك المقتصوب فى استرداد عين ماله فى أكثر الأحوال فإن  
قانون ضمان التعدى على المنقولات *Torts (Interference with Goods) Act*  
الصادر عام ١٩٧٧ م قد نص فى الفقرتين الثانية والثالثة من مادته الثالثة على حق  
المدعى عليه فى رفض دعوى الاسترداد وتعويض المدعى عن العين المقتصوبة  
بإعطائه قيمتها السوقية . وعموما فقد ترك القانون أمر الاستجابة لرغبة المدعى  
فى استرداد المال المقتصوب *Restitution of the property* إلى سلطة المحكمة  
التقديرية . وفى هذا يختلف الفقه والقانون الانجليزى اختلافا واضحا من حيث  
المبدأ ؛ فالإصرار فى الفقه على حق المقتصوب منه فى استرداد عين ماله إذا كانت  
قائمة فى يد الغاصب ، لاستمرار المقتصوب على ملكية صاحبه فوجب دفعه إليه .

أما إعطاء الغاصب الحق في دفع قيمة المقتبوس لصاحبه فيرق فيما يلاحظ بوضوح إلى الاعتراف بحق التعدي في إجبار الغير على بيع ماله في الوقت الذي يريده هذا التعدي ، وهو ما ينبغي ألا يقره أى نظام قانوني . ولذا فإن النظرة الفقية أدنى إلى العدل وأوفق للمصالح .

ويوجب القانون الإنجليزي ضمان منافع الأموال المنقولة مدة الاستيلاء عليها .

٢٩٠ - أما في العدوان على العقارات فيوجب القانون الإنجليزي لصاحب الأرض الحق في رفع دعوى استرداد أو إخلالها Action of ejectment ، مخالفًا بذلك مسلكه في دعوى استرداد المنقولات المتروكة لتقدير المحكمة . ولا يحتاج المنطق القانوني في هذا العدول إلى توضيح وشرح هذا المنطق فقد اضطرت القانون الإنجليزي في استجابته لحق المدعي في استرداد أرضه إلى اللجوء لحيلة شهيرة ظلت المحاكم تعتمد عليها حتى القرن التاسع عشر . وخلاصة هذه الحيلة أنه لإقرار حق المدعي في أرضه كان يفترض أن المدعي قد أجر أرضه إلى شخصية متخيلة تأخذ دائما اسم John Doe وأن شخصا آخر باسم Richard Roe قد طرد المستأجر من الأرض . وعندئذ ينسحب Richard Roe طالبا من المدعي عليه الحقيقي أن يتقدم لإثبات حقه في الأرض التي يحوزها . ويجب عليه إخلاء هذه الأرض المتنازع عليها إذا ثبت أن حق المدعي فيها أقوى من حقه . ولم تتوقف هذه المسرحية المفترضة إلا في عهد قريب ، وإن أمكنت لأصحاب الأراضي المقتبوسة استردادها .

وبفضلًا عن ذلك بحق لصاحبها الأرض المقتبوسة التعويض عن المنفعة التي فانت عليه مدة الاستيلاء على الأرض . والمصطلح الذي يعنون به هذه المنافع هو Mesne profits ومعناه المنافع التي فانت على المدعي في الفترة الواقعة بين إخراجها من أرضه وبين عودتها إليه . وقد كان المتبع أن يلجأ المدعي إلى طلب استرداد أرضه أولاً ، ثم يطالب بعد استردادها بحقه في التعويض عما فات من منافعها بنفسها . غير أن ذلك لم يعد هو الواجب ، وأضحى من حق المدعي أن يطالب باسترداد حيازة أرضه والتعويض عن منفعتها الفائتة بالاستيلاء عليها

في وقت واحد . ويتفق القانون بهذا في تطوره الأخير مع ما أخذ به جمهور الفقهاء في ضمان العقارات ومنافعها بالغصب .

٢٥٨ - الظفر بالحق Self help في العقارات المفضوبة : يميز القانون الانجليزي لحائز العقار العمل بنفسه على الظفر بحقه . ويبدو أن القانون لا يستحسن هذا النوع من العلاج ، لما فيه من اختيات على السلطة القضائية الطبيعية . ولذا فإنه يقيد استعمال هذا الحق بعدة شروط ، أولا : ألا يتجاوز صاحب الحق في استعمال القوة المسموح بها لإخراج الداخل للعقار أو الشخص الذي يحاول ذلك . والثاني أن يتقدم بالإعذار قبل اتخاذ أى مسلك عنيف معه . وهذا ما تامل عليه قضية Collins v. Renison التي صدر الحكم فيها عام ١٧٥٤ . وفي هذه القضية وجد المدعى عليه المدعى في أرضه واقفا على سلم صغير ، ففزع السلم برفق ، وأوقع السلم على الأرض ببطء ، مما أدى إلى وقوع المدعى على الأرض برفق أيضا . ولكن اعتبر المدعى عليه متعديا ، بناء على أنه لم يتقدم للمدعى بوجوب إخلائه أرضه قبل اللجوء إلى هذا المسلك . والشرط الثالث : أن يكون الحائز للأرض ذا حق ثابت قانونا في حيازته . وإلا فلا حق له في طرد أحد منها . يوضحه الحكم الصادر في قضية Holmes v. Bagge الصادر عام ١٩٧٣ ، حيث قام اللاعبون بطرد زميل لهم وأخرجوه من أرض الملعب بشيء من القوة بعد رفضه الامتثال لأوامر المدرب والخروج بنفسه . لكن قررت المحكمة أن ذلك لم يكن من حقهم ، بناء على كونهم غير حائزين لهذا الملعب<sup>(١)</sup> .

ومن الصور المعترف بها في الظفر بالحق أنه يجوز لصاحب الأرض في القانون الانجليزي احتجاز السبب المنشئ للضرر Damage Feasant . من ذلك أن يمد حيوانات الغير ترعى في أرضه فإن له أن يحبسها عنده حتى يندى صاحبها استعداده للتعويض عما تسببت فيه حيواناته من أضرار . غير أن القانون الصادر عام ١٩٧١ بشأن المسؤولية عن الحيوانات Animals Act قد أبطل حق حائز الأرض في احتجاز الحيوانات الأليفة إذا كانت محوزة لأحد ، وأبقى الحق

في احتجاز غيرها من الحيوانات الضالة وغير الأليفة . وليس هذا فحسب بل أصبح من حق صاحب الأرض أن يبيع هذه الحيوانات الضالة وغير الأليفة التي اقتنمت أرضه إذا مضى أسبوعان دون أن يظهر مالكاها<sup>(١)</sup> .

٢٩١ - دفع المسؤولية : تنتفي المسؤولية في دعاوى الاستيلاء على أموال الغير بموافقة هذا الاستيلاء لإذن هذا الغير صراحة أو ضمنا . ولا يتفيه إثبات حق قوي لطرف ثالث بغير المدعى في المال ، وهو ما يطلق عليه Jus tertii ، ومعناه أن لغير المدعى حقا في المال ، لأن العبرة باستناد الاستيلاء إلى إذن من له الحق في الإذن ، ولا ينفي الضمان لذلك إثبات حق المال لشخص آخر غير المدعى . ولا ينفي لذلك مسؤولية المعتدى على المأجور تجاه المستأجر أن يثبت هذا المعتدى أن للمأجور مالكا . وإنما عليه فوق ذلك أن يؤكد أنه في تصرفه هذا قد استند إلى إذن هذا المالك .

وينتفي الضمان كذلك بالاستيلاء على مال الغير إذا كان الفعل مأذونا فيه قانونا ، وذلك كحق المرصن في اجتناس Distress العين المرهونة<sup>(٢)</sup> .

وينتفي الضمان في دخول أرض الغير Trespass إذا انعدم الاختيار في قصد الفعل ، ففي قضية Smith v. Stone التي صدر الحكم فيها عام ١٩٨٠ أُلقت عصابة بالمدعى عليه في أرض يملكها المدعى فلم يعتبر وجوده في هذه الأرض تعديا . أما إذا قصد الفعل ولم يقصد التعدي فإن الضمان لا ينتفي طبقا للحكم الصادر في قضية Gilbert v. Stone التي صدر الحكم فيها عام ١٦٤٧ م ، وذلك حيث اقتحم المدعى عليه أرض المدعى تحت وطأة التهديد فحكمت المحكمة على المدعى عليه بالضمان لقصده الفعل<sup>(٣)</sup> . ويكرر هذا الحكم بقاعدة ( الاضطراب لا يطل حق الغير ) المعروفة في الفقه الإسلامي .

(١) السابق ص ٢٢٢ ، ٤٧٣ .

(٢) السابق ٢١٤ .

(٣) السابق ص ٢١٨ وما بعدها .

٢٩٢ - وجوب القيمة : يوجب التعدي على المال إتلافه بعد غصبه أو إتلافه دون غصبه الوفاء بقيمته ، طبقاً للمبدأ القاضي بأن المتضرر مستحق في الأقل لقيمة نقصان أو التلف . ومعيار تحديد القيم في المحاكم الانجليزية هو النظر إلى القيمة في السوق Marget Value إذا كان المال مما يعلن عن قيمته في السوق يومياً أو على فترات منتظمة كالأسهم والسندات والذهب وسائر ما يعلن عن سعره في البورصة ، أو النظر إلى قيمة رد مثل المقتضوب أو المال التالف إن لم تكن قيمته بما يعلن عنه في السوق على الوجه المشار إليه<sup>(١)</sup> . ويتفق ذلك مع معيارى المثل والقيمي في الفقه الإسلامى .

وتحدد القيمة الواجبة في عدد من الأحوال بالرجوع إلى ما يعرف بتكلفة الإصلاح The cost of repair . ويطبق ذلك في التلف الجزئى للسفن ، تجباً للصعوبات العملية المتعلقة بتحديد قيمة النقص أو الخسارة . وهو الواجب كذلك في احتساب قيمة التعويض في المباني ، نظراً لأن الإصلاح يؤدي إلى زيادة قيمة المبنى ، فيجب لذلك تقويم الواجب في إتلاف المباني بالرجوع إلى تكلفة ترميمها مع خصم الزيادة في قيمة المبنى الناشئة عن إجراء مثل هذا الإصلاح<sup>(٢)</sup> . وإنما تحتسب قيمة المنفعة الفائتة للأموال بالرجوع إلى أجرة مثلها ، إلا إذا كانت الأموال المقتضوبة سبباً لاستمرار الربح فإن الواجب هو قيمة هذا الربح الفائت .

وتحتسب قيمة المال المقتضوب بالرجوع إلى قيمته السوقية يوم غصبه الذي قد يتفق مع تاريخ مطالبة صاحبه بالرد ورفض الغاصب هذا الرد باعتبار أن الرفض بعد المطالبة هو الفعل الذي يوجب الغصب في عدد من الأحوال . وقد لوحظ أن حساب الواجب بالقيمة يوم الغصب يؤدي إلى كثير من المظالم ، خاصة إذا ارتفعت الأسعار يوم التقاضى عما كانت عليه وقت الغصب إرتفاعاً كبيراً . لذا أبدت المحاكم استعدادها لحساب الواجب بالرجوع إلى قيمة المقتضوب يوم رفض رده بعد المطالبة إذا كان المقتضوب منه لم يعلم بواقعه الغصب قبل ذلك . لكن

(١) Remedies of English law, P. 119

(٢) السابق : ١٢١ .

هذا الحل لا يحقق العدالة في ظروف ارتفاع الأسعار أحيانا فيما أحس به عدد من المشتغلين بالعمل القانوني . وقد جاء الحل لذلك فيما أخذت به محاكم نيويورك التي أحلت مبدأ وجوب أقصى القيم Highest replacement value محل الرجوع إلى يوم الغصب . ويقارن هذا الحل بما أخذ به الشافعية في احتساب القيمة الواجبة<sup>(١)</sup> .

٢٩٣ - أوجه الاتفاق والاختلاف : يتضح من ذلك اتفاق القانون الإنجليزي مع الفقه في تأثيم التعدي على ملك الغير : عقارا أو منقولا أو منفعة من منافعهما ، وفي إيجاب ضمان الضرر الناشئ عن هذا العدوان وفي الأسباب النافية للضمان . ويلف هذا الاتفاق في عدد من التفاصيل مبلغا يثير التساؤل عن أسباب هذا الاتفاق ، كما هو الحال في أسس احتساب القيم والتفريق بين المواد المتائلة التي يعلن عن أسعارها وبين غيرها مما سبقت الإشارة إليه .

غير أن هناك اختلافا بين الفقه والقانون الإنجليزي في الواجب بالغصب ، من جهة أن الواجب في الفقه هو رد العين الموصوبة ، سواء كانت عقارا أو منقولا ما لم يتعذر ذلك ، احتراماً لرغبة المالك في استرداد عين ماله ولأسباب قانونية أخرى تتعلق بوجوب احترام حقوق الحياة والملكية . أما القانون الإنجليزي فإنه يترك للمدعي عليه وللمحكمة تقدير الاستجابة لطلب المدعي رد المنقول ، بل إنه يجيز للمدعي عليه اختيار دفع القيمة حتى ولو قضت المحكمة بتسليم الموصوب<sup>(٢)</sup> .

ومن جهة أخرى فإن القانون العرقي الإنجليزي يتخذ موقفا منحازا لطبقة أصحاب الأرض الذين كان لهم توجيه الحياة الاقتصادية والاجتماعية في اليهود الإقطاعية . يدل على ذلك أخذ هذا القانون باعتبار مسؤولية الداعخل إلى أرض غيره مسؤولية مطلقة لصاحب الأرض الحق في تعويضه تعويضا اعتباريا Nominal damages ولو لم يتضرر من هذا الدخول على أى نحو من الأنحاء .

(١) السابق : ص ١٢٥ .

(٢) السابق : ١٢٦ .

وقد تغير هذا الموقف الآن وأصبح لا يقضى بالتعويض إلا إذا أنفضى الخطأ إلى حدوث الضرر للمالك في ذاته أو في ماله أو لعماله أو لأشيائه المقامة على أرضه<sup>(١)</sup>. وبذلك أيضا على هذا الموقف المنحاز للقانون العرفي ما أخذ به هذا القانون من إطلاق حرية مالك الأرض ونفى مسؤوليته تجاه الداخل إليها بدون إذنه الصريح أو الضمني ما لم يعتمد إلحاق الضرر بهذا الداخل أو يتصرف على نحو طائش Recklessly يؤدي إلى إلحاق الضرر به . غير أن علاج هذه الشدة في معاملة الداخل لأرض الغير بدون إذنه قد تضمنه قانون مسؤولية الحائز للعقارات Occupier's Liability Act الصادر عام ١٩٨٣ . ويوجب هذا القانون على حائزي العقارات توقى الأخطار التي تضر بالداخلين إليها ، مما يؤدي إلى اعتبار هؤلاء الحائزين مسؤولين عن الأضرار التي تنشأ للغير بمخالفتهم هذا الواجب عليهم بوجه الإهمال أو التقصير .

---

(١) Dias P. 241 .

### المبحث الثالث : الأحكام العامة للغصب

٢٩٤ - تقديم : للغصب حكمان ، كما تقدم ، أولهما تكليفي هو الحرمة والآخر وضعي هو الضمان وجوب الرد . ويتعلق بهذين الحكمين عدد من الأحكام الجزئية المنفردة عنها مما أردت معالجته في هذا المبحث . ويتناول هذا المبحث لذلك كلا من :

أولاً : الأيدي المتعاقبة على المغمصوب .

ثانياً : ملكية المغمصوب .

ثالثاً : نفى الضمان في الغصب بالإذن أو لنية الرد على صاحبه أو لعدم الفائدة .  
وفيما يلي تفصيل هذه الأحكام .

#### المطلب الأول : الأيدي المتعاقبة على المغمصوب .

٢٦٣ - تنقسم الأيدي المترتبة على يد الغاصب بحسب وجوب الضمان إلى الأنواع التالية :

الأول : اليد المأذونة شرعاً في الاستيلاء على المغمصوب من الغاصب ، لاستنادها إلى ولاية شرعية كيد القاضى وأمينه أو لاستنادها إلى إذن المالك . كيد وكيله . ولا تعد هذه الأيدي أيدي غصب لانتهاء العدوان في أخذ مال الغير بوجود الإذن الشرعى .

الثاني : اليد الضامنة المنقول إليها المغمصوب من الغاصب ، كيد غاصبه ويد المستام والوارث والمشتري أو المقرض أو المستعير أو الموهوب له أو المتصدق عليه . وإنما كانت هذه أيدي ضمان لأن كلا منهم يعمل لمصلحة نفسه لا للغاصب وقد قبض المال على وجه الضمان فيلترم به .

الثالث : يد الأمانة ، وهى اليد التى تحوز المال بسبب مشروع نيابة عن المالك ومصالحته ، كما فى الوديعة بغير أجر أو لمصلحتها كما فى الإجارة والزهن . ورغم كون هذه الأيدي أمينة فإن ترتبها على يد الغاصب يوجب الضمان بقبضها ، بمعنى إنشاء الحق فى مطالبة الحائز بالضمان ، وثبوت مقابله فى اللزمة ووجوب الوفاء بهذا المقابل للمالك . وذلك لأن هذا الحائز أثبت يده على مال غيره بدون إذنه فيضمنه لو تلف فى يده . والشرط فى كون هذه اليد يد أمانة ألا يعلم صاحبها بالغصب وإلا كان غاصبا حسبما تقدم .

وإذا كانت اليد المأذونة شرعا فى القبض غير ضامنة ، لأن الإذن ينال الضمان ، فإن يد الضمان أو الأمانة إذا ترتبت على الغصب وجب بها الضمان ، سواء جهل صاحبها أو علم ، لكونه أثبت يده على ملك غيره دون إذنه ، فيضمنه لو تلف فى يده ، ولأن الجهل بالغصب لا ينفى الضمان باعتباره حكما وضعيا<sup>(١)</sup> وإنما ينفى الإلتم ، وهو الحكم التكليفي . غير أن الجهل بالغصب يؤدي إلى إضعاف مسؤولية الحائز للمال من الغاصب فى عقد من عقود الأمانات ، خاصة إذا ما قورنت بمسؤولية الغاصب نفسه ، مما يؤدي إلى استقرار الضمان على الغاصب رغم اشتراك الحائز للمال فى المسؤولية ، بمعنى مطالبته بالضمان واعتباره طريقا إلى إثباته . وبذلك فإن الغاصب والحائز للمال يشتركان فى توجه المطالبة بالضمان إليهما وفى استقرار الضمان على من قويت نسبة الضرر إلى فعله منهما . وفيما يلى تفصيل كل من هذين الحكمين .

٢٦٤ - المطالبة : يحق للمغصوب منه أن يطالب كلا من الغاصب وصاحب اليد التى انتقل إليها المال بضمانه لتعديهما ، فإن الغاصب قد تعدى باثباته على حق غيره واستيلائه على ماله . وقد تعدى الآخر كذلك بوضع يده على مال مملوك لغيره دون إذن منه أو ولاية عليه . ويؤدى توسيع المطالبة على هذا النحو إلى تيسير وصول المالك إلى حقه . وينتهى لهذا ألا ينتهى حقه فى المطالبة إلا بوصوله إلى حقه فى المال بأخذه أو أخذ بدلله . لكن علماء المذهب الحنفى

(١) مجلة الفحاح : ١٠٤/٥ .

اختلفوا في ذلك ؛ فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن مطالبة المالك أيا منهما تستلزم إبراء الآخر وإن توى عليه المال ، كما إذا ظهر المختار للضمان منهما معدما أو مفلسا . وعلى المصنوب منه لذلك قبل اختياره إلقاء الضمان على أحدهما أن يعرف مركزه المالي تجنباً لمثل هذه الصعوبة . وقال أبو يوسف كما في الهندية نقلاً عن المحيط أن للمالك الحق في مطالبة أي منهما إلى أن يقبض المضمون بالفعل ممن عينه<sup>(١)</sup> ، إذ لا تنتهي دعوى التعدي المرفوعة عليهما إلا بهذا .

وقد حصر عدد من فقهاء الأحناف حق المالك في مطالبة أي من الغاصب أو الحائز للمال بجميع المضمون ، ولم يميزوا للمالك توزيع المضمون عليهما . وهذا هو الذي اقتصر صاحب مجمع الضمانات على نقله . وليس للمالك تبعاً لذلك ( أن يأخذ بعض الضمان من الأول والبعض من الثاني . ولكن يغير في تضمين أحدهما )<sup>(٢)</sup> . وفي الدر المختار النص على جواز اختيار المالك تجزئة المضمون على الغاصب والحائز حسبما يراه هو أوفق وأيسر في الوصول إلى حقه ، لأنه إذا جاز له إلقاء المضمون كله على أحدهما جاز له حمله على أداء بعضه . ونص ذلك : ( من غصب شيئاً ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضه من الثاني له ذلك )<sup>(٣)</sup> . وهو مذهب الإمامية كذلك<sup>(٤)</sup> . وقد اختار هذا الرأي القانون المدني العراقي ، فجاء في الفقرة الأولى من مادة ٢٠٤ أن للمالك تضمين أي من الغاصب أو الحائز للمال من الغاصب ، وأن له أن يُضمّن مقدارا منه الأول والمقدار الآخر الثاني . ويتحقق الحق في المطالبة وتضمين من انتقل إليه المال مع حق التبع في القانون المدني المصري وفي القوانين المدنية العربية الأخرى . ويتفرع حق التبع هذا من قسم الحقوق العينية التي للمالك على أمواله .

٢٩٧ - استقرار الضمان : على الرغم من اشتراك الغاصب والحائز للمال

(١) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .

(٢) مجمع الضمانات : ١١٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .

(٤) تحرير الوسيلة : ١٨٤/٢ .

في ضمان الضرر الواقع على المالك بتعليقها من حيث المطالبة وثبوت الحق في الذمة ووجوب الوفاء به لتيسير وصول الحق إلى مستحقه فإن الذي يستقر عليه الضمان منهما هو صاحب الفعل الأقوى في إحداث الضرر . وتوضيح ذلك أنه إذا غصب عمرو مالا ثم غصبه منه زيد وتلف في يده ، واختار المالك تضمين عمرو واستوفى منه الواجب فإن لعمرو أن يرجع على زيد بما غرمه للمالك ، ويستقر الضمان على زيد ، لأن هلاك المقتصوب حدث في يده فيقوى فعله في إيقاع الضرر على فعل عمرو لهذا . لكن لو اختار المالك تضمين زيد واستوفى منه الواجب لم يرجع على عمرو للسبب نفسه . وكذلك السارق من الغاصب حيث يستقر الضمان على السارق لقوة فعله إذا تلف المال في يده .

ويستقر الضمان على كل من انتقل إليه المقتصوب مع علمه بالغصب ، سواء انتقل إليه في عقد من عقود الضمان كالبيع والإجارة والهبة والقرض ، أو في عقد من عقود الأمانات كالوديعة والعارية ، وسواء كان القبض من الغاصب لمصلحته ، أو لمصلحة القابض أو لمصلحتها معا . وكذلك يستقر الضمان على المتلف للمقتصوب لو كان عالما بالغصب بلا خلاف ، لقيام سبب الضمان في حقه ، وهو الإلتاف . ولهذا لو قدم الغاصب الطعام للمقتصوب إلى من يعلم غصبه ، وأكله رغم ذلك ، فإنه يعد متلفا له ، ويستقر عليه الضمان ، إن كان المالك هو الذي أكله ، لأنه بذلك يكون قد استرده .

أما إن ألتفه الأجنبي أو المالك مع جهلهما بالغصب ، دونما تسليط من الغاصب ، فإن الضمان يستقر على المتلف بلا خلاف كذلك ، لقوة الإلتاف في إيجاب الضمان . لكن لو ألتفه أحد بتسليط من الغاصب ، كما لو كان طعاما فقدمه الغاصب إلى الأجنبي أو المالك ليأكله فأكله ، فإن الأقيس هو استقرار الضمان على الغاصب ، وهو المتسبب ، لا على الآكل ، وهو المباشر ، لأن المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه . ولذا لو اختار المالك تضمين الأجنبي كان له الرجوع على الغاصب ، لأنه هو الذي غر هذا الأجنبي . وهو مذهب

الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية<sup>(١)</sup>، خلافا للمالكية الذين يوجبون الطعام على الآكل شريطة مناسيته لحاله وإلا استقر ضمان الزائد على الغاصب<sup>(٢)</sup>. ويرجع بعض الشافعية إطلاق استقرار الضمان على الآكل، لأنه هو المتلف<sup>(٣)</sup>.

٢٩٨ - أما إذا انتقل المصنوب من يد الغاصب إلى أجنبي في عقد من العقود، وكان المنقول إليه جاهلا بالغصب، فإن قرار الضمان على الآخذ في عقود الضمان المفيدة للملك كالبيع والسهم والقرض وكذا الهبة والعارية، دون عقود الأمانة كالوديعة والرهن.

وتقريبا على ذلك لو باع الغاصب المصنوب وهلك في يد المشتري، وهو لا يعلم بالحال، فإن الضمان يستقر على المشتري لأنه قبض المال على وجه الضمان لمصلحة نفسه فيضمنه لو هلك في يده، وجهله إنما يسقط الإثم لا الضمان لأنه من خطاب الوضع. ويضمن المشتري عند الشافعية كلا من الأعيان والمنافع، ويرجع على الغاصب بما غرمه في ضمان المنافع، لأنه غره في ضمان ما لم يضمنه بعقد البيع، فإن هذا العقد يقتضى أن المبيع مضمون على المشتري بالثمن بخلاف المنافع، فإنها تثبت للمشتري تبعا للعين، لأن الخراج بالضمان<sup>(٤)</sup>. ويخالف المتأخرون من الأحناف في ضمان الجاهل بالغصب للمنافع كما يخالف المالكية في ذلك بناء على أصلهم القاضي بأن ( الغلة لذى الشبهة )<sup>(٥)</sup>.

ولا فرق عند الأحناف والشافعية والحنابلة والإمامية بين هلاك المصنوب في يد المشتري بفعله أو بآفة سماوية في استقرار الضمان عليه، خلافا للمالكية الذين لا يوجبون استقرار الضمان عليه إذا هلك المبيع في يده بآفة سماوية، ولم يكن عالما بالغصب. وهذا هو معنى قول الدردير: إذا ( ادعى التلف

(١) تبين الخلاف: ٢٢٢/٥، والمذهب: ٣٧٣/١، والمبدع: ١٧٩/٥، وكشاف القناع: ١٠٣/٤.

وتحريم الوصلة: ١٩٤/٢.

(٢) الحرشي: ١٤٧/٦.

(٣) نهاية المحتاج: ١٥٥/٥، وحواشي الشرواني وابن قاسم: ١٥/٦.

(٤) نهاية المحتاج: ١٥٤/٥.

(٥) الحرشي: ١٤٧/٦.

بساوى فيها [ أى فيما يغاب عليه وفيما لا يغاب عليه ] ، فإن قامت على هلاكه يئنه بساوى أو لم يظهر كذبه فيما لا يغاب عليه فلا يجرم<sup>(١)</sup> ولا يعنى ذلك ضياع حقوق المالك فإن له أن يرجع على الغاصب ، كما أن نفى مسؤولية المشتري الجاهل بالغصب عما هلك بالآفة السماوية لا يعنى نفى تعزيره وإنما يعنى نفى مسؤوليته قبل المالك ، بحيث لا يكون غريماً ثانياً له ، ( وإنما هو غريم للغاصب ، بمعنى أنه يجب عليه أن يدفع الثمن للغاصب إن لم يكن دفعه ولا يحمل له مطالبة الغاصب بالثمن إن كان دفعه )<sup>(٢)</sup> . لكن لو أتلّف هذا المشتري المصوب عامدا فإنه ينضم غريماً ثانياً للمالك ، ويتوجه إليه بالمطالبة والضمان . وفى المذهب ائتهاهان فيما لو أتلّف المشتري المصوب خطأ ، فقبل بالتضامنه مع الغاصب غريماً ثانياً للمالك ، وقيل بكونه غريماً للغاصب وحده لا للمالك<sup>(٣)</sup> . ولا يختلف ذلك عما فى المذاهب الأخرى من الحكم باستقرار الضمان على المشتري الجاهل بالغصب مع حقه فى الرجوع على الغاصب بما لم يلتزم بضمانه فى عقد البيع إلا فى الجانب الإجرائى باعتباره طرفاً فى دعوى الغصب أولاً .

ويشبه المشتري فى استقرار الضمان القابض للمصوب على سوم شرائه أو إلقترض ، لأن هذه الأيدى أهدى ضمان . أما المستعير فيستقر الضمان عليه أيضاً فى مذهب الشافعية والحنابلة ، لأن يده يد ضمان كذلك ، بحكم قبضه المال لمصلحة نفسه ، وإن لم يضمن منافعه ، لأنه قبضها غير مضمونة فيضمنها الغاصب لأن ضمان الأجرة عليه<sup>(٤)</sup> . أما الأحناف فملهمهم أن الضمان يستقر على الذى يتجه إليه المالك بالمطالبة ، ( وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه . أما الغاصب فلا شك فيه لأنه أعار ملك نفسه فهلك فى يد المستعير . وأما المستعير فلائنه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور<sup>(٥)</sup> . وفى المذهب المالكي أن الضمان يستقر على المستعير إر كان العار بما يغاب عليه وإلا استقر على الغاصب لغروره للمستعير<sup>(٦)</sup> .

(١) الشرح الكبر مع حاشية الدرر : ٤٥٧/٤ .

(٢) المغنى : ١٤٧/٦ . (٥) السابق .

(٣) نهاية المحتاج : ١٥٥/٥ ، والإيضاح : ١٧٨/٦ .

(٤) بدائع الصنائع : ١٤٥/٧ . (٦) قوانين الأحكام : ص ٣٦٤ .

٢٦٧ - ولا يستقر الضمان على الخائر للمغصوب إذا لم يكن يعلم بالغصب وانتقل إليه هذا المال في عقد من العقود التي لا توجب ضمانه . فالمستأجر والمرتهن من الغاصب إذا اختار المالك تضمينهما العين يرجعان بما غرماه على الغاصب لغروره إياهما بحكم أنهما قبضا هذه العين على وجه الأمانة لا على وجه الضمان . ولا يسقط شيء من الدين في مقابل تلف المرهون عند الجمهور ، خلافا للأحناف الذين رأوا أن هلاك المرهون في يد المرتهن مضمون عليه بمحضته من الدين<sup>(١)</sup> . وفي الودعة يتخير المالك بين تضمين الغاصب أو المودع ، ويستقر الضمان على الغاصب ، لأن المودع حافظ للمال لمصلحة الغاصب ، وهو في يده أمانة ، فإن ضمن المالك الغاصب لا يرجع على المودع ، وإن ضمن المودع Bailee يرجع على الغاصب ، لأنه غرر بالإيداع فيضمن ، ما لم يفرض المودع في الحفظ والصون<sup>(٢)</sup> . ويرجع المصدق عليه والموهوب له على الغاصب بضمان العين والمنفعة إن اختار المالك تضمينهما ، لأنهما لم يلتزما بالضمان في قبض المال وقد غرهما الغاصب فيستقر الضمان عليه<sup>(٣)</sup> . والراجع في المذهب الشافعي ، يد الموهوب له يد ضمان لا يد أمانة فيستقر الضمان على الموهوب له لذلك<sup>(٤)</sup> .

#### ٢٩٩ - اختلاف الواجب : يتفاوت المضمون على أصحاب الأيدي

المتعاقبة يتفاوت مسؤولياتهم وأفعالهم . ولتوضيح ذلك فإن غاصب الغاصب إذا تلف المال تحت يده ضمن قيمته التي كانت له وهو في يده . ويضمن العيوب التي حدثت للمغصوب أثناء حيازته . ولا يسأل عما نشأ من الضمان أثناء حيازة الغاصب الأول للمغصوب ، فلو كان المال قد تعيب في يد الغاصب الأول أو نقصت قيمته فإن ضمان ذلك يستقر على الغاصب الأول . وكذا يضمن كل منهما ما فات من منافع المغصوب في يده ، ويستقر عليه ضمانها ، لأن كل واحد منهما مسئول عن عمله فيما تقضى به القواعد العامة للمسئولية في الشريعة . والاختلاف بين

(١) بدائع الصنائع : ١٤٥/٧ .

(٢) السابق وكشاف النافع : ١٠٠/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٥٥/٥ .

(٣) للمراجع السابقة نفسها ، والخرشي : ١٤٧/٦ . (٤) نهاية المحتاج : ١٥٥/٥ .

الفقهاء في حساب قيمة التالف القيمي والمثل المنقطع ؛ فمذهب الأحناف في المثل إذا انقطع أن الواجب هو القيمة يوم الغصب ، وهو رأى أبى يوسف ، وقيل يوم الانقطاع ، وهو مذهب محمد وقيل يوم الخصومة وهو مذهب أبى حنيفة . أما الشافعية والحنابلة فمذهبهم أن الواجب هو أقصى قيم المغصوب من وقت الغصب إلى يوم انقطاع مثله . ومذهب المالكية أن الواجب في غصب المثل إذا انقطع هو قيمته يوم انقطاعه . أما في القيميات فمذهب الأحناف والمالكية أن الواجب هو القيمة يوم الغصب ، والمعتبر عند الحنابلة هو القيمة يوم التلف . والواجب عند الشافعية هو أقصى القيم<sup>(١)</sup> . وليست هذه مناسبة تفصيل هذه الآراء وذكر أدلتها ، وإنما الذي تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن هذا الاختلاف يؤثر في حساب الواجب على أصحاب الأيدي المتعاقبة في حيازة المال المغصوب . ذلك أن المالك إذا اختار تضمين صاحب اليد الأولى رجوع عليه على المذهب الشافعي ، على سبيل المثال ، بأقصى القيم من وقت غصبه إلى حين نقله من حيازته بغصب أو بيع . أما إذا اختار تضمين صاحب اليد الثانية فإنه يرجع عليه بأقصى القيم من حين أخذه للمغصوب إلى حين تلفه . وقس على ذلك الحال في المذاهب الأخرى .

٣٠١ - إجازة تصرفات الغاصب : للمالك إجازة تصرفات الغاصب في المغصوب بالبيع والإجارة والهبة وغيرها في مذهب الأحناف والمالكية ، لأن غايته أنه تصرف فضولي ، وهم يميزون تصرفات الفضولي إذا وافق عليها صاحب الشأن<sup>(٢)</sup> . ويخالف في ذلك الشافعية والحنابلة الذين يرون بطلان تصرف الفضولي<sup>(٣)</sup> . وقد نصت المادة ١٣٩٨ من مجلة الأحكام الشرعية على هذا الحكم ، حيث جاء فيها : ( لا تصح تصرفات الغاصب في المغصوب فلا يصح بيعه ولا إجارته ولا هبته ولا وقفه ولا عتقه ) .

(١) بدائع الصنائع : ١٥١/٧ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، ٢٢٣ ، وحاشية ابن عابدين : ١٢٨/٥ ، ١٢٩ ، ونهاية المحتاج : ١٦٣/٥ ، وحاشية الدرر : ٤٤٤/٣ ، والخرشي : ١٣٦/٦ وما بعدها وكشاف القناع : ١٠٩/٤ .

(٢) بدائع : ١٤٥/٧ ، والخرشي : ١٤٦/٦ (٣) كشاف القناع : ١١٢/٤ ، ونهاية المحتاج : ١٨٧/٥ .

## المطلب الثاني : ملكية المصنوب

٣٠٢ - لا نزاع بين الفقهاء في إسناد ملكية المصنوب للمالكه أثناء حياة الغاصب شريطة استجماع المعالي التالية :

- ١ - إمكان رد المصنوب للمالكه دون ضرر يلحق بالغاصب أو غيره .
- ٢ - عدم اختلاط المصنوب بغيره .
- ٣ - سلامة المصنوب من التعيب الفاحش الذي يقطعه عما كان عليه في وصفه أو أصله أو المنفعة المقصودة منه .

والخلاف بين الفقهاء في ملكية المصنوب إذا اختل فيه أحد هذه المعالي . فمذهب الأحناف أن المصنوب ينتقل إلى ملك الغاصب في الأحوال التالية :

- ١ - إذا تعيب المصنوب في يد الغاصب تعيباً فاحشاً . وحد الفاحش ما يقوت به ربع القيمة في رأى أو نصفها في رأى آخر . وينقل الزيلعي ترجيح بعض الأحناف تعريف هذا النوع من التعيب بأنه : ( ما يقوت به بعض العين وبعض المنفعة )<sup>(١)</sup> .

- ٢ - إذا تغيرت العين المصنوعة بفعل الغاصب أو غيره حتى زال اسمها ومعظم منافعها ، كما لو غصب شاة فذبحها أو لحماً فتنواه أو طبقه ، وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو زرعها أو قطعنا فغزله أو غزلاً ففسجه أو ثوباً فقطعه أو سحاطة قميصاً .. أو دقيقاً فخبزه أو سمسماً فمصره أو عنباً فمصره أو حديداً فضربه سيفاً أو مكينة ، أو صيفراً أو نحاساً فعمله آنية أو تراباً له قيمة فلبيته أو اتخذها حزفاً أو لبناً فطبخه آجراً أو نحو<sup>(٢)</sup> . ويستثنى من ذلك الذهب والفضة إذا صاغهما الغاصب حلياً أو آنية فإن حق المالك لا ينقطع فهما عند أبي حنيفة لبقاء ثنيتهما ، ويخالفه الصاحبان في ذلك<sup>(٣)</sup> .

(١) تبين الحقائق : ٢٢٩/٥ .

(٢) بتأنيص الصانع : ١٤٨/٧ . (٣) تبين الحقائق : ٢٢٦/٥ ، والبدائع : ١٥٠/٧ .

٣ - إذا كان لا يمكن للغاصب رد المصنوب إلا بضرر يلحقه مما يزيد عن الضرر الذى يدخل على المالك بزوال ملكه . فلو غصب خيطا فخطأ به بطنه أو جرحا في حيوان فإنه لا يكلف الرد ويجب عليه ضمان المثل أو القيمة<sup>(١)</sup> . وعلى هذا يخرج ما إذا غصب لنا أو أجرا أو ساجة ، وهى خشبة كبيرة تدخل فى الأساس لتقويته ، فإن المصنوب منه لا يملك استرداد هذه المواد إذا استخدمها فى بناءه وتصير ملكا للغاصب بالقيمة فى المذهب الحنفى ، بناء على قاعدة دفع الضرر الأشد بالأخف كما ذكر ابن نجيم وابن عابدين<sup>(٢)</sup> . وذلك ( لأن المصنوب بالبناء والتركيب صار شيئا غير الأول لاختلاف المنفعة ، إذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد .. فكان الإدخال إهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المصنوب منه ولأن الغاصب يتضرر بنقض البناء ، والمالك وإن كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لأنه بمقابلة عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالنفع )<sup>(٣)</sup> .

٤ - إذا تغيب المصنوب وضمن الغاصب قيمته ملكه الغاصب ، حتى لو ظهر المصنوب بعد ذلك وقيمته أكثر لم يكن للمالك المطالبة باسترداده ، إذا ما قضى له بقوله أو ببنيته فى تحديد قيمة المصنوب أو بنكول الغاصب عن البين . وإنما لم تكن له المطالبة باسترداده فى هذه الأحوال لأنه أخذ القيمة التى أرادها ورضى بها مما هو فى معنى المبادلة . أما إن قضى له بالقيمة بناء على بين الغاصب فإن له استرداد العين المصنوبة ورد ما أخذه<sup>(٤)</sup> .

٥ - وملك الغاصب المصنوب كذلك بإبراء المالك أو حكم القاضى عليه بضمان المثل أو القيمة<sup>(٥)</sup> .

والحاصل أن الغاصب يملك المصنوب إذا فلت حق المالك فى استرداد ماله ، إما بأدائه للغاصب أو أداء المضمون من المثل والقيمة ، أو الحكم بذلك

(١) تبين الحقائق : ٢٢٨/٥ ، ومجمع الضمانات : ١٣٦ .

(٢) الأشباه : ص ٨٨ ، وابن عابدين : ١٣٥/٥ .

(٣) البدائع : ١٤٩/٧ .

(٤) تبين الحقائق : ٢٣١/٥ .

(٥) مائبة ابن عابدين : ١٤٣/٥ ، وتبين الحقائق : ٢٢٦/٥ .

أو بتقصان المصنوب نقصا فاحشا ، أو بتغيير المصنوب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ، أو بعدم إمكان الرد إلا بضرر كبير يلحق الغاصب وغيره .

٣٠٣ - سمات ملكية الغاصب للمصنوب : يتسم ملك الغاصب المصنوب في المذهب الحنفي بالأمر التالية :

١ - أنه ملك ناقص غير مستقر ، ولذا لو مات الغاصب مغلما كان المصنوب منه أحق بالمصنوب من سائر الغرماء<sup>(١)</sup> .

٢ - لا يترتب على هذا المالك حق الانتفاع في الرجوع من المذهب قبل أداء الضمان بالفعل إلى مستحقه . وهو رأى أى حنيفة وأى يوسف ومحمد خلافا لزرر والحسن اللذين أجازا للغاصب حل الانتفاع بالمصنوب قبل أداء الضمان . وفي بعض المتن أنه رواية عن أى حنيفة ، وكان نجم الدين النسفى ينكر أن يكون هذا قول الإمام .

٣ - ملك الغاصب للمصنوب عند تحقق سببه ملك يرجع إلى وقت الغصب عند الأحناف ، لأنه لما وجب عليه الضمان وهو غرامة المثل أو القيمة فقد ثبت له الملك بدلا عما قام في ذمته من ذلك . وإذا يستند الضمان إلى سببه وهو العلوان بالغصب فإن ما يترتب عليه وهو الحكم بالملك ينبغي أن يرجع إلى وقت قيام السبب ، وهو حدوث الغصب . وينشأ عن ذلك حل الأكساب التى أفادها الغاصب من المصنوب ، لأنها نشأت في ملكه ، وجواز التصرفات التى أقدم عليها الغاصب قبل الحكم عليه بالضمان أو الأداء أو لإبراء ، لأنه قد ظهر بتضمينه أو إبرائه أنه تصرف في ملكه . ولكن لا تحمل له الأولاد والزوائد المنفصلة باعتبارها محلا للغصب كذلك .

٤ - هذا الملك المستفاد بالغصب على مذهب الأحناف ليس إلا نوعا من الملك الاعتباري الذى أفضت إليه السطة القانونية على أساس الضرورة . ذلك

(١) حاشية ابن عابدين : ١٣٤/٥ ، وتبين الحقائق : ٢٢٦/٥ .

أن فقهاء هذا المذهب يسمون بأن الغصب عدوان ومعصية ولا يصلح أن يكون سببا لكسب الملكية . غير أن الحكم بالضمان وإيجاب المثل أو القيمة جبرا لما فات على المالك من مال على سبيل البذل لهذا المال يقتضى نقل ملكية المضمون إلى الضامن شرطا لوجوب الحكم عليه بالضمان لا قصدا ، حتى لا يجتمع ملك البذل والمبدل للمغصوب منه . وفي هذا يقول البردوى : ( أما الملك بالغصب فلا يثبت مقصودا به ، بل شرطا لحكم شرعى وهو الضمان ، لأنه شرع جبراولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه ، إذ الجبر يعتمد القوات ، وشرط الحكم تابع له فصار حسنا حسنة وإنما قبح لو كان مقصودا به <sup>(١)</sup> . ويقصر هذا التحليل عن تبرير الرجوع بملكية الغاصب إلى وقت الغصب لارتفاع المخطور في المذهب وهو الجمع بين البذل والمبدل في ملك واحد باستناد ملكية الغاصب إلى وقت الضمان بعد تعذر رد العين المغصوبة ، لأن ردها كان هو الواجب منذ وقوع الغصب إلى حين التعذر .

٣٠٤ - مذهب المالكية : يتفق المالكية مع الأحناف في انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يؤد الواجب عليه بالفعل إلى المالك . وعبرة خليل في ذلك : ( حيث غرم الغاصب القيمة فقد ملك المغصوب ) <sup>(٢)</sup> . وكذلك يملك الغاصب المغصوب بتفريه في المنافع المقصودة منه كما لو كان شاة فلبسها ، ففي حاشية الدسوقي أنه ( إذا غصب دابة وذبحها لزمته القيمة بمجرد الذبح وصارت مملوكة للغاصب فيجوز له الأكل منها ويجوز لغيره أن يشتري منها ) <sup>(٣)</sup> . ولدى بداية المجتهد أن الغاصب إذا عمل في المغصوب عملا انتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالحشية يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والفلز ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم كان مقوتا للمغصوب ويجب عليه المثل أو القيمة <sup>(٤)</sup> . وفي ذلك يذكر الحرفى أنه لو غصب

(١) أصول البردوى : ٥٦ .

(٢) الحرفى : ١٤٠/٦ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٤٤٤/٣ .

(٤) بدلية المجتهد : ٢٤٠/٢ ط . لاهور .

نقرة صيغت أو طينا كُن أو قمحا طحين أو بذرا زُرِع فلا تسليط للمالك عليها ويقضى له بمثلها صفة ووزنا ولا يقضى له بمثلها لدخول الصنعة فيها . والقاعدة عندهم أن المثل يلحق بالقيمي ويقضى فيه بالقيمة إذا دخلته الصنعة . ولو غصب بيض أفرخ فحضرها تحت دجاجته فعليه بيض مثله . ومن غصب عصيرا فتخمر فإنه يقضى بمثله إن علم كيله وإلا فبقيته<sup>(١)</sup> .

وعندهم أن الغاصب يملك المغصوب إذا اشتراه من صاحبه قبل رده ، سواء كان المغصوب حاضرا أم غائبا<sup>(٢)</sup> . وفي رواية عن أشهب أنه لا يجوز بيع المغصوب لغاصبه إذا كان غائبا ، ( لأن ذات المغصوب قد فأت بالغبية عليها ، وصار الواجب على الغاصب إنما هو القيمة . فالذى يجوز للمغصوب منه أن يبيعه إنما هو القيمة لا ذات المغصوب )<sup>(٣)</sup> .

والقاعدة التي نص عليها المالكية أنه إذا حصل مغوت للشيء المغصوب باستهلاكه أو إتلانه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته<sup>(٤)</sup> . ومن تطبيقات ذلك أن من غصب خيطا فخط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه المثل أو القيمة وانتقل عن ملك المغصوب منه .

٣٠٥ - اتجاه آخر : مذهب الشافعية والحنابلة والإمامية أن المغصوب لا يملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو بالإبراء منه أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة .

ويتخرج على ملكية المغصوب للضرورة أن يغصب خيطا فيخط به جرح حيوان ويخاف من قلعه لرده إلا ضرار بهذا الحيوان فإنه يملك الخيط ويؤدى قيمته ولا يلزمه القلع لأن حرمة الحيوان أكد من حرمة الأموال . غير أنه إذا كان الحيوان مما يؤكل فإن حالة الضرورة ترتفع ، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان

(١) المحرر : ١٣٤/٦ ، ١٣٥ .

(٢) السابق : ١٤٤/٦ .

(٣) حاشية القدوى : ٤٥٥/٣ .

(٤) السابق : ٤٥٥/٣ .

ورد الحيط المنصوب ولا غيره بتضرره لتعديه ، فيما ذهب إليه البعض<sup>(١)</sup> .

ويملك الغاصب المنصوب إذا تعذر رده بحالته ، كما لو صار الرطب تمرا والسهم شرجا والعنب عصيرا والدقيق عصبلة لتبدل العين فوجبت قيمتها . وانتقلت إلى الغاصب ملكا مراعى ، بمعنى أنه لا يجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه<sup>(٢)</sup> . ومن ذلك اختلاط المنصوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما ، فيملكه الغاصب ملكا مقيدا إلى حين أداء الضمان . ولذا لو أفلس الغاصب كان المالك أحق بنصيبه في المنصوب من سائر الغرماء<sup>(٣)</sup> . ومثله لو نقص المنصوب نقصا يسرى به إلى التلف ، كما لو أدخل ساجا في بناء وبلت فإن الرد يتعذر . ويتنقل هذا النوع من الملك الناقص إلى الغاصب إلى حين أداء الضمان<sup>(٤)</sup> .

وفيما عدا ذلك لا ينشأ للغاصب ملك في المنصوب ويجبر على إعادة العين لصاحبها إن أمكن ذلك ، فمن غصب شيئا وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المصدودة لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعاوضة فيه . وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٣٨٥ من مجلة الأحكام الشرعية حيث جاء فيها : ( لا أثر لعمل الغاصب في المنصوب ولو تغير به اسمه . مثلا : لو طحن الحنطة أو نسج الغزل أو صاغ الفضة أو الذهب حليا أو ضرب الحديد سيفاً أو زرع الحب أو عالج البيض فصار فراخا أو غرس أغصانا فصارت شجرا لزم رد العين مع أرض النقص إن نقصت العين أو القيمة ، ولا يجبر أحدهما على المعاوضة ، ولا شيء للغاصب مقابل عمله ولو زادت به القيمة من غير فرق بين أن يكون عمل بنفسه أو استأجر عليه غيره وليس على المالك شيء من الأجر ) . وليس من قبيل الضرورة ما لو غصب لوحا وأدخله في سفينة ويكلف بقلعه منها حين ترسو ولا يلتفت

(١) نزع الفروع على الأصول للرحمان : ص ٢١٥ ، ٢١٧ ، والمبدع : ١٦١/٥ ، والإنصاف :

١٣٩/٦ ، وكشاف النكاح : ٨٤/٤ وما بينهما وشرائع الإسلام ٢٣٩/٣ ، ٢٤٢ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٧٢/٥ ، ١٨٧ ، والمبدع : ١٦٢/٥ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٨٤/٥ .

(٤) جلب : ٣٧٢/١ .

إلى تضرره ، لأنه هو الذى تسبب فيه<sup>(١)</sup> . وكذا لو سمر باباً بمسامير مغموصة فإنه يقطعها ويردها إلى مالكها<sup>(٢)</sup> . وإن غرس فى الأرض المغموصة أو بنى عليها كلف قلع الغرس وهدم البناء . ولو غصب ثوباً فصبغه أو غزلاً فنسجه أو فضة أو حديدًا فصاغهما أو خشبًا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك إلى مالكه لأنه عين ماله<sup>(٣)</sup> . ولو غصب شيئاً فضاع منه وغرم قيمته للمالك ثم وجده بعد أداء القيمة ردّه وأخذ القيمة ، لأنه لم يملكه<sup>(٤)</sup> . وكذا لو غصب حنطة فطحنها أو ثوباً فخاطه أو شاة فذبحها وشواها أو غصنا فغرسه وصار شجرة أو نجاساً أو رصاصاً فاقتطع منها آنية وجب عليه رد ذلك ولا يملكه عند الجمهور<sup>(٥)</sup> .

٣٠٦ - موازنة : وبهذا فإن الجمهور يختلفون مع الأحناف والمالكية فى الأمور التالية :

(أ) المضمون لا يملك بالضمان عند الجمهور إلا فى تلك الاستثناءات التى تبلغ مبلغ الضرورة ، خلافاً للأحناف الذين أسندوا الملك للغاصب فى مقابل الضمان خشية اجتماع البذل والمبدل فى ملك المغموص منه . والمالكية أقرب إلى مذهب الأحناف فى ذلك .

(ب) استناد ملكية الغاصب للمغموص إلى وقت الغصب عند الأحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور . ويترتب على الخلاف فى ذلك اختلافهم فى حل الأكساب والمنافع المتولدة من المغموص حسبما تقدم .

(ج) الضمان عند الجمهور فى مقابلة فوات اليد الحقة ، ولا ينتقل الملك بوجوده لأن هذا الفوات لا يصلح أن يكون سبباً شرعياً لهذا النقل . أما عند الأحناف فإن سبب الضمان فيما يبدو هو تعذر رد العين المغموصة .

ومذهب الجمهور أولى بالاعتبار لما يتضمنه الحكم بنقل الملك إلى الغاصب

(١) المبدع : ١٥٩/٥ ، والمهلب : ٣٧٢/١ .

(٢) المبدع : ١٦١/٥ .

(٣) السابق ، ومادة ٣٩١ من مجلة الشريعة .

(٤) المبدع : ١٨٤/٥ ، ومخرج الفروع على الأصول : ٢١٩ .

(٥) مخرج الفروع على الأصول : ٢١٩ .

من معنى الإيجاب للمفصوب منه على المعاوضة عن ماله ، وهو لا يجوز إلا لقيام  
الضرورة التي ينبغي أن تقدر بقدرها ، كما هي القاعدة الفقهية .

### المطلب الثالث : نفي الضمان في الاستيلاء على مال الغير

٣٠٧ - لا يوجب الاستيلاء على مال الغير الضمان مطلقا ، بل ينتفى  
هذا الضمان في عدد من الأحوال التي يجمعها هذان الأمران :

أولهما : الاستيلاء على أموال الغير بإذن منه صراحة أو ضمنا أو بولاية  
شرعية عليه .

والآخر : انتفاء الفائدة في إيجاب الضمان .

وأوضح فيما يلي كلا من هذين الأمرين :

٣٠٨ - الاستيلاء بالإذن : لا يجب الضمان إذا استند الاستيلاء على مال  
الغير إلى ولاية شرعية أو إذن المالك صراحة أو ضمنا فإنه لا يعد استيلاء غاصب  
ولا يجب به الضمان ، لكونه مأذونا فيه وجائزا شرعا ، والجواز الشرعي ينافي  
الضمان . ولذلك فإن استرداد القاضى أو أمينه أو ولى المالك أو وكيله للمفصوب  
من الغاصب ليس من قبيل الغصب ، ولا يجب الضمان بوضع أيديهم  
على المفصوب لأنها أبهى أمانة باتفاق الفقهاء<sup>(١)</sup> .

والخلاف فيما إذا تطوع لأخذ المال من الغاصب بنية رده على مالكه ،  
فمذهب بعض الشافعية أنه لا ضمان على الآخذ من الغاصب أو السارق للرد  
على المالك إذا كان المال معرضا للضياع ، وهو الذى رجحه السبكي ، بناء  
على وجود الإذن من المالك ضمنا باستنفاذ ماله فإنه لا يرضى بضياعه . وكذا لو  
فرت دابة من صاحبها وأمسك بها أحد ليردها عليه إن تلفت في يده قبل تمكنه  
من ردها ، وذلك لعلمه برضا صاحبها بإسلاكها له حفظا لها من الضياع . ومن  
ظهر بمتاع لصديقه أو استخلصه من أراد أخذه ليرده فلا يضمن على هذا التوجيه

(١) نهاية المحتاج : ١٥٤/٥ ، وحاشية الجمل : ٣٧٤/٣ ، وحواشى الشرواى وابن قاسم : ١٤/٦ .

لاستناذه في هذه الحيازة إلى إذن المالك على وجه الدلالة<sup>(١)</sup> . ويؤيد ما رجحه السبكي أن الأخذ للمال المعرض للضياع بنية رده إلى مالكة ، إذا ثبتت هذه النية بعلم مضى الوقت الذي يتمكن فيه من الرد ، لا يكون مستوليا على المال استيلاء غصب في العرف . وهو المدار في تحديد مفهوم الاستيلاء الثابت للغصب . أما أخذ المال غير المعرض للضياع ولو بنية إعطائه إلى مالكة فإنه لا يسع الغصب لانقضاء استناد هذا الأخذ إلى إذن المالك .

ورغم قوة الأدلة التي يستند إليها ترجيح السبكي فإن جمهور الفقهاء يرون إيجاب الضمان على المتطوع بأخذ المال بنية رده إلى مالكة ولو كان معرضا للضياع . وهو مذهب الأحناف ؛ ففي حاشية ابن عابدين : لو أخذ المقتصوب ( من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول )<sup>(٢)</sup> . وهو الراجح في المذهب الشافعي كذلك ، فقد نصوا على أن من ( وجد متاعا مع سارق أو متنبه وعلم أنه إذا لم يأخذه ضاع على صاحبه لعلم معرفته الأخذ فأخذه منه ليرده على صاحبه ، ولو بصورة شراء ، أنه يضمنه ، حتى لو تلف في يده بلا تقصير غرم بذله لصاحبه ، ولا رجوع له بما غرمه على مالكة لعدم إذنه له في ذلك )<sup>(٣)</sup> . ويستند القائلون بذلك إلى أن الأخذ غير مأذون في الاستيلاء على مال غيره فيعد غاصبا ، ولأن المال مضمون على الغاصب ولا حاجة بصاحبه إلى نقل المال ليد غير ضامنة فيلزم عنه عدم إذنه في أخذ المقتصوب إلا على وجه الضمان . ويستثنى أصحاب هذا الرأي حالة أخذ المال ممن ليس من أهل الضمان كالخرفى لعدم الفائدة في تضمينه ، وبعد الأخذ للمال منه أمينا لا يلزمه ضمانه إلا بالتعدي أو التقصير<sup>(٤)</sup> .

٣٠٩ - انتفاء الفائدة في إيجاب الضمان : ينتفى الضمان لانقضاء الفائدة في إيجابه بكون الغاصب غير أهل للضمان كالخرفى . أما على مذهب الأحناف

(١) نهاية المحتاج ١٤٧/٥ ، وحاشى الشرواني وابن قاسم : ١٤/٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٣٩/٥ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٤٧/٥ ، وحاشية الجمل : ٤٧٤/٣ .

(٤) الخرفى : ١٣٠/٦ ، وحاشية الجمل : ٤٧٤/٣ .

فواضح من جهة أنهم يرون دخول أموال المسلمين في ملك الكفار باستيلائهم عليها ، لأن الحكم بتحريمها عليهم من الفروع ، وهم غير مخاطبين بها إلا بعد قبولهم لأصل الدين والإيمان<sup>(١)</sup> ، فإذا غصبوا أموال المسلمين دخلت في ملكهم ولا يجب عليهم ضمانها . ويرى الشافعية هذا الرأي أيضا ؛ ففى المغنى أنه ( لو غصب الحرى مال مسلم أو ذمى ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد التلف فإنه لا ضمان ، ولو كان باقيا وجب رده )<sup>(٢)</sup> . وإنما قالوا بعدم الضمان لانتفاء الفالدة في إيجابه ؛ ففذهبهم ( أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدراهم لا يملكونها .. لأنها معصومة محرمة تناول )<sup>(٣)</sup> .

وكذلك لا يجب الضمان على البغاة فيما أتلفوه في ثائرة الحرب من نفس أو مال ، بخلاف ما أتلفوه في غير ثائرة الحرب فهو مضمون عليهم . والاتجاه المرجوح في الفقه الإسلامى لا يفرق هذا التفريق ويوجب ضمان ما أتلفه البغاة على أهل العدل من نفس أو مال ، لحفظ الشارع لهما ولأن المعصية لا تصلح أن تكون سببا للتخفيف عنهم بإسقاط الحقوق والغرامات التى وجبت عليهم بتعمد . أما رأى الراجع الذى لا يرى ضمان التالف في ثائرة الحرب فيستند أصحابه إلى إجماع الصحابة عقب أحداث الفتنة الكبرى بين على ومعاوية رضى الله عنهما على ألا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن ولا يفرم مالا أتلفه بتأويل القرآن . ولأن تضمين البغاة بنفرهم من الرجوع إلى الطاعة . وكذلك فإن هناك صعوبات عملية عديدة في رد الإلتلاف إلى سببه<sup>(٤)</sup> .

ولا خلاف مع ذلك في أن على البقاة بعد انتهاء الحرب رد ما بأيديهم إلى أصحابها . وفيما يلى مناقشة الفعل الثانى الموجب للضمان ، وهو الإلتلاف ، سواء ورد هذا الفعل على النفس الإنسانية وما دونها أو على الأموال .

(١) التوضيح : ٣٩٠/١ وما بعدها .

(٢) منى المحتاج : ٢٧٧/٢ .

(٣) مجمع الفروع على الأصول : ٢٠٠ .

(٤) البحر الرائق : ١٥٣/٥ ، والأحكام السلطانية للملورى : ٥٠ ، ونهاية المحتاج : ٣٨٦/٧ ، ٣٨٧ ، وأنقى لاين قدامة : ١٠/٦٠ ، ٦١ ، والشرح الكبير في الموضع نفسه .

## الفصل الثاني : الإلتلاف

### المبحث الأول : مفهوم الإلتلاف

٣١٠ - معنى الإلتلاف : يرد الفعل تَلَفَ بمعنى هلك ، فتَلَفَ المال معناه هلكه وخروجُه عن صورته المقصودة للانتفاع بها ، مما قد يحدث بأفة سماوية أو غيرها . ويفترق التلف لهذا عن الإلتلاف الذى يلحظ فيه فاعل معين .

ويعرف الكاسانى الإلتلاف بأنه هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة منه في العادة<sup>(١)</sup> . وهذا التعرف التقريبي لمفهوم الإلتلاف لا يخرج عن المعنى اللغوي المتبادر للذهن من هذا اللفظ . ونتيجة الاستناد إلى هذا العموم أن كل ما يعمده الناس إلتافا فهو كذلك وإن لم يؤثر في الانتفاع ، فتأثر الجسم الخارجى للسيارة نتيجة الصدام بها من قبيل الإلتلاف لغة وعرفا وإن قامت بوظائفها المعتادة . وسيوضح ذلك بالتعرف على تقسيم التلّف من حيث كونه نفسا أو مالا ، وتقسيم التلف إلى كونه جزئيا أو كليا . أما التقسيم الأول فيشير إليه الكاسانى بقوله : ( الإلتلاف لا يخلو إما أن ورد على بنى آدم وإما أن ورد على غيرهم من البهائم والجمادات . فإن ورد على بنى آدم فحكمه في النفس وما دونها نذكره في كتاب الجنائيات إن شاء الله تعالى . وإن ورد على غير بنى آدم فإنه يوجب الضمان إذا استجمع شرائط الوجوب )<sup>(٢)</sup> . ويتضح من هذا النص أمران : أولهما أن التلّف قسمان : النفس والمال . والآخر أن الفقهاء يعالجون أحكام الإلتلاف الواقع على النفس بما يوجبه من زواجر وجواهر ضمن أبواب الجنائيات على حين يعالجون أحكام الإلتلاف الواقع على المال ضمن أبواب الضمانات . ويتسع هذا المبحث للنظر في أحكامهما معا باعتباره أمرا تفرضه وحدة

(١) الباع : ١٦٤/٧ .

(٢) السابق .

الموضوع من جهة ، ولأنه الطريق إلى تصور النظرية العامة لضمان الإلتلاف في الفقه الإسلامي .

أما التقسيم الآخر للإلتلاف إلى كلٍّ وجزئٍ فيوضحه الكاساني كذلك بتعريفه لكل من هذين النوعين من الإلتلاف . والإلتلاف الكلّي عنده هو ما يحصل به خروج التلّف عن صورته ومعناه ، بحيث لا يبقى صالحاً للانتفاع به المنفعة التي كان معدّها لها . من ذلك استهلاك الشمعة بالاستضاءة بها ، فقد خرجت بذلك عن صورتها التي كانت لها ، كما ذهب معناها ولم يعد الانتفاع بها ممكناً . ومنه قتل دابة إنسان أو حرق ثوبه أو قطع شجرته أو إراقة عصبه أو هدم بناءه . ومنه في العدوان على البدن الإنساني القتل وقطع أحد الأطراف باعتباره إلتافاً لصورة هذا العضو ومعناه . أما الإلتلاف الجزئي الذي يرد على المعنى دون الصورة بصير الكاساني فيعرفه بأنه : إحداث معنى فيه ( أي المال ) يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة <sup>(١)</sup> . ومن أمثله فوت جزء من أجزاء العين أو فوت وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد ، أو فوت معنى مرغوب فيه في العين كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب وكما لو كان شاباً فشاخ في يده <sup>(٢)</sup> . ويقابله في الجنابات التعدي بإتلاف منفعة العضو مع بقاء صورته ، كما لو ضربه على يده فشلت أو نقصت في وظيفتها .

وينقسم الإلتلاف بالنسبة للفعل الذي يستند له إلى إلتلاف بالمباشرة أو بالتسبب .

جاء في المادة ٨٨٧ من المجلة العدلية تعريف الإلتلاف مباشرة بأنه هو ( إلتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، ويقال لمن فعله فاعل مباشر ) . أما الإلتلاف تسبباً فتعريفه حسماً جاء في المادة ٨٨٨ من المجلة المذكورة هو أنه ( التسبب في تلف شيء ، يعني أن يحدث في شيء ما ما يقضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب ، فإن من قطع حبل

(١) السابق : ١٦٥/٧ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٣٢/٥ .

قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا . وكذا إذا شق واحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا . ويشتمل الإلتلاف بالتسبب على صور متنوعة للتعدي ، لا تنهاى ، من بينها الحيلولة والسعاية والدلالة والإهمال والترك والتعسف فى استعمال الحقوق والطيش أو النزق وكل ما يؤدى إلى الإضرار بالآخرين من تصرفات ، سواء جاءت على سبيل العمد بقصد الإضرار أو وقعت إهمالا وغير مصحوبة بمثل هذا القصد . ويعرف بعض الفقهاء التسبب بما لا يخرج عن هذا المعنى ، فذكروا أنه عبارة عن فعل ما يقع التلف عنده ولكن بعملة أخرى . والعمل بهذا فى تحليل البعض مجرد شرط للتلف الناشئ عن تأثير العلة ، وإن وجب به الضمان اتفاقا لأنه هو الذى يبيىء العلة للتأثير .

وتقسم المباشرة فى الاصطلاح الفقهى إلى مباشرة ناجزة فى إحداث التلف فورا دون إبطاء وإلى مباشرة مولدة ، وهى تلك التى لا تقضى إلى نتيجتها على الفور بل بمضى الوقت . وبهذا فإن من يعمد إلى كسر قلم غيره أو تحريق أوراقه أو إحراقها فإن فعله هذا من قبيل المباشرة الناجزة . أما من يجرح أحدا جرحا يسرى به إلى التلف فإنه يكون من قبيل المباشرة المولدة . ومع ذلك فإن ابن حزم يستخدم التولد بمعنى المباشرة الناجزة<sup>(١)</sup> . وسيأتى تفصيل أحكام المباشرة والتسبب فيما بعد . ويستند إلى ما تقدم تعريف الإلتلاف بأنه التعدي بارتكاب فعل غير مشروع أحدث ضررا للغير فى نفسه أو ماله . بالتأثير فى المنفعة المعتادة أو الصورة أو التغيير فهما معا ، سواء كان ذلك التغيير كلياً أو جزئياً ، وكان هذا الضرر مما أوجب الشارع جبره بعينه أو بتوابعه وجنسه . وأركان الإلتلاف الموجب للضمان كما يتضح من هذا التعريف هى نفسها أركان الفعل الموجب للضمان عموماً ، وهى : التعدي ، والضرر ، وعلاقة السبب بينهما .

(١) موسوعة الفقه الإسلامى بإشراف محمد أبى زهرة ، وأصدرت جمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة :

وعادة ما يبحث الفقهاء أحكام الإلتلاف للأموال في آخر مبحث الغصب في كتبهم على حين يبحثون الإلتلاف للأنفس وما دونها في مباحث الجنائيات . وذلك لأن الغصب والإلتلاف للأموال والأنفس وما دونها يؤلفان معا أهم أسباب الضمان الناشئة عن العدوان .

٣١١ - بين الإلتلاف والغصب : يشترك الإلتلاف والغصب في كونهما أهم أسباب الضمان ولكنهما يختلفان في الأمور التالية :

الأول : الغصب عدوان على حيازة المالك لماله ، ولا يؤثر في الملك عند الجمهور خلافا للأحناف حسبا انضح فيما سبق . أما الإلتلاف فهو عدوان على المال أو النفس أو ما دونها بالتأثير في الصورة والمعنى أو في أيهما .  
الثاني : الغصب إنما يجرى في الأموال عموما أو في المنقولات وحدها عند الأحناف بخلاف الإلتلاف الذي يجرى في الأموال والأبدان .

٣١٢ - التعدي : يشترط في الإلتلاف الموجب للضمان أن يكون نتيجة لفعل غير مأذون فيه شرعا بالنظر إلى ذات هذا الفعل أو باعتباره مآله ، فالضرب والقتل والحفر في الطريق العام وإلقاء الأشياء فيه يوجب ضمان ما ينشأ عنه من ضرر ، لأن كل فعل من هذه الأفعال محرم شرعا . ولا يختص التعدي بارتكاب الفعل المحرم وإنما يشمل ترك الواجب كذلك حسبا تقدم . أما أداء المباح واستعمال الحقوق فالأصل ألا يكون من التعدي وألا يجب الضمان به إلا إذا أدى إلى الإضرار بالغير لاقتترانه بوصف من الأوصاف المنهي عنها شرعا ، كالإهمال ومجاوزة المألوف . وإنما يصير الفعل إلى التعدي والحرمة بعد الإباحة بالنظر إلى الأوصاف المنفردة لحكمه في الأحوال التي ضبطها الشاطبي ، وهي :

(أ) صيرورة المباح إلى الحرمة لما اقترن به من قصد الإضرار بالغير ، كأن يرخص أحد الباعة في ثمن سلعته قصدا إلى تفليس تاجر آخر يجاروه . فالبيع بالثمن الأقل مباح ، لكنه اكتسب الحرمة بالقصد إلى الضرر .

(ب) اكتساب الحرمة مع انتفاء القصد إلى الإضرار لأداء الفعل إلى الإضرار في العادة أو الأعم الأغلب كأن ينطوى الفعل على نوع من الإهمال والتقصير ، كما لو لم ينتظم الطبيب في زيارة مريضه عقب إجراء جراحة له فإنه

يعد متعدياً ويضمن ما أضربه ، وذلك لأن أداء الفعل إلى الضرر على ذلك الوجه ( لا بد فيه من أحد أمرين : إما تقصير في النظر المأمور به ، وذلك ممنوع ، وإما مظنة قصده إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضاً .. لكن إذا فعله فيعد متعدياً بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة<sup>(١)</sup> .

وبهذا فإن التعدي شرط في الإلتلاف الموجب للضمان ، سواء كان هذا التعدي راجعاً إلى قصد الإضرار أو إلى التقصير والإهمال . أما القاعدة الفقهية التي توجب الضمان بالمباشرة مطلقاً بلفظ : ( المباشر ضامن وإن لم يتعد ) فمحمولة على تفسير التعدي باستحقاق الإثم ، وهو ليس بشرط في إيجاب الضمان . أما التعدي الذي تشترطه لإيجاب الضمان فيعني الاقتيات على حقوق الغير في أبلانهم أو أعراضهم أو أموالهم إذا كان هذا الاقتيات مما لا يقره الشارع ، سواء بالقصد إلى هذا الاقتيات أو بوقوعه على سبيل الإهمال أو التقصير . ولا يضمن المباشر للفعل ما تولد عنه من ضرر إذا انتفى اشتراط التعدي بهذا المعنى ؛ فمن صال على معصوم من نفس أو بضع أو مال فدفعه أحد ( دفعا لا يقصد قتله إن أدى إلى القتل فهو هدر لا يُضمن ، حتى الصبي والمجنون وكذلك البهيمة ، لأنه نأب عن صاحبها في دفعها )<sup>(٢)</sup> . وينتفي الضمان في المباشرة كذلك إذا كانت أداء لواجب ، كما لو باشر الطيب قطع عضو لمرضى رجاء الحفاظ على حياته ، وكما لو حكم القاضي بقتل شخص قصاصاً أو في حراة . وينتفي الضمان كذلك إذا لم يهمل المباشر واستند السبب إلى المتضرر نفسه ؛ ففي مجمع الضمانات أنه ( لو مر رجل على ثوب موضوع في الطريق وهو لا يصره فتحرق لا يضمن )<sup>(٣)</sup> . وإنما لم يضمن مع مباشرته الإلتلاف لأنه لم يقصد إيقاع الضرر ، حيث لم يصر الثوب ، كما أنه لم يهمل ، إذ لا يجب على الناس النظر إلى مواطء أقداسهم ، وإنما كان التعدي من صاحب الثوب الذي تركه ملقى في الطريق فلا يضمن . وينبغي لهذا ألا يظن أن الفقهاء المسلمين يحكمون بوجوب الضمان

(١) للواقعات للشافعي : ٣٤٩/٢ .

(٢) الترويض للقرافي : ١٨٣/٤ .

(٣) مجمع الضمانات : ١٤٧ .

على المباشر مطلقا ، إذ يتقيد هذا الحكم بتعدى المباشر على سبيل القصد أو الإهمال ، فإن لم يتعد اتقى الضمان .

٣١٣ - القصد والإهمال : يوجب الإلتلاف بالمباشرة أو التسبب الضمان ، سواء صدر الفعل على سبيل القصد أو الإهمال ، بناء على القواعد الشرعية العامة القاضية بتحمل كل إنسان نتيجة فعله وإذا كان الضابط في تحديد القصد السيئ من الفعل هو الاعتماد على القرائن فإن الضابط في نسبة تصرف معين إلى الإهمال والتقصير هو العرف أو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس . ولا يشترط قيام القاضى بإثبات القصد السيئ لإيجاب الضمان ، بل يكفي مجرد إثبات مجاوزة المعتاد في الفعل لقيام مسعولية فاعله عما تولد عنه من نتائج ، بحكم أن الضمان من مخطاب الوضع الذي لا يشترط فيه القصد ولا الإدراك .

ويقابل معيار مجاوزة المعتاد في الفقه الإسلامي معيار المعقولة Reasonableness في القانون الانجليزي . ولا شك في استناد المعيار الذي أخذ به القانون العرفي الانجليزي إلى المعتاد المألوف بين الناس من حيث رجوع الحكم بالقبول العقلي لفعل من الأفعال إلى اتفاق هذا الفعل مع المواضع الاجتماعية . وهذا هو الذي أدركه ( داهاس ) وزميله في قولهما بأن اتفاق الفعل مع المواضع الاجتماعية السائدة أمر كاف في العادة لإثبات جرم فاعله وبذلك قدرا معقولا من العناية أثناء إتيانه لهذا الفعل<sup>(١)</sup> .

ويستلزم الاستناد إلى معيار مجاوزة المعتاد لإيجاب الضمان الحكم بوجود التزام المألوف المعتاد بين الناس في السلوك لنفي الضمان . ومعناه أن الشارع قد أوجب على الناس التحوط في سلوكهم والتبصر كي يلتزموا بما هو مألوف في مجتمعهم وإلا وجب عليهم الضمان . ويختلف واجب الرعاية باختلاف المواقف وأنواع الخطر المحتملة الوقوع ، فمن يقود سيارة مطالب في العرف العام باتباع درجة من الحذر والتحوط أكثر مما يجب من ذلك على راكب الدراجة أو الدابة بوجه عام . وقد يفسر ذلك ما جاء في مجمع الضمانات من أن من دخل

(١) . Tort Law, Dias and Mer kesinis P. 61 .

دار آخر (بأمره فغثر على جرة فانكسرت لا يضمن ولو عثر على صبي فقتله يضمن)<sup>(١)</sup>. توضيحه أنه لا فرق بين العثور على الجرة وبين العثور على الصبي من جهة الإذن في الدخول ومباشرة العاثر ، وإنما الفارق الذي اقتضى الحكم بالضمان في إحدى الصورتين دون الأخرى هو أن الاحتياط الواجب بالنسبة للجرة أقل من الاحتياط الواجب بالنسبة للصبي ، بمعنى أن فعله لا ينسب إلى الإهمال عرفاً وعادة إذا انصرف نظره عن الجرة ولم يرها أثناء دخوله إلى الدار التي أذن له بدخولها ، على حين أنه يعد مهملًا في العرف والعادة إذا لم يتبين وجود الصبي في طريقه . والمبدأ الذي يستنبط من ذلك أن النظر الواجب شرعاً يزيد بزيادة الضرر المحتمل حدوثه : ولعل الهدف من وضع هذه المسألة إنما هو إرساء هذا المبدأ ولفت النظر إلى أن درجة التحوط المطلوبة لحماية الطفل أعلى بكثير من درجة التحوط اللازمة لحماية الجرة ، ولذلك فإنه قد لا يعد مقصراً إذا بذل حلاً من العناية ، لم يمنعه من إتلاف الجرة . على حين يعد مقصراً إذا بذل الحد نفسه من العناية وتولد عن فعله إتلاف الصبي جزئياً أو كلياً . ولا يقدح في استنتاج مبدأ (زيادة التحوط الواجب بزيادة الضرر المحتمل) من هذه المسألة التفريق بين الصبي والجرة في الضمان وعدمه بناء على حركة الأول دون الثاني ، فإن هذا التفريق نوع من التفسير لوقائع المسألة ، وليس نقضاً للمبدأ الذي جاءت فيما يبدو لإقراره . ويؤكد وعى الفقهاء بهذا المبدأ تدرج أنواع المصالح العامة التي تغيث الأحكام الشرعية بتحقيقها في نظام يُقَمِّم حفظ المصالح المتعلقة بالنفس والبدن على المصالح المالية . ويستند هذا المبدأ إلى السلوك المألوف المعتاد للناس بحيث يعد تفرعاً على قاعدة العرف .

ويطرح هذا المبدأ نفسه في القانون الإنجليزي عن معيار المقولية Reasonableness الذي يضبط أنواع الإهمال . ومن تطبيقاته قضية Paris v. Stepchild Borough Council (١٩٥١) التي أصيب فيها المدعى بالعمى لدخول شظية في عينه السليمة الوحيدة التي كان يرى بها . وإنما حكمت المحكمة على المدعى عليه بالمسؤولية لأنه لم يزود المدعى بالأغطية الواقية Goggles مع

علمهم بهامته التي كانت توجب زيادة التحوط الواجب بالنسبة للعمال ذوي العينين السليمين . وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة أن على أصحاب العمل اتخاذ احتياطات أشد كلما زادت خطورة الضرر المحتمل وقوعه على العمال<sup>(١)</sup> .

٣١٤ - أما إذا انتفى القصد والإهمال باتفاق الفعل مع المواضع السائدة والأعراف الاجتماعية في التحوط والعناية فلا يجب الضمان استنادا إلى قاعدة : الجواز الشرعي ينأى الضمان . ولذلك لا يضمن من يرش الطريق أمام دكانه أو داره رشا خفيفا معتادا ويقع فيه أحد<sup>(٢)</sup> . وكذلك ( لو كنس الطريق قطع بموضع كنسه إنسان أو دابة لا يضمن شيئا ، لأنه لم يحدث في الطريق شيئا ، وإنما كنس الطريق كي لا يتضرر المارة بالفيار . ولو جمع الكناسة في الطريق فقتل بها إنسان ضمن )<sup>(٣)</sup> . وقد اختلف فقهاء الأحناف في إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج في الطريق تفريفا للدور منها ؛ فذهب أبو الليث إلى عدم إيجاب الضمان بكنس الثلوج من الدور وإلقائه في الطريق نافذا أو غير نافذ . ومذهب محمد أن إلقاء الثلج في الطريق النافذ يوجب الضمان . ويحمل بعضهم مذهبه هذا على أن العرف لم يكن يبيحه ، ( لأن الثلج يقل هناك أو لا يكون ) في البيئة التي عاش فيها محمد ، ولذا فإنه لا خلاف في أن إلقاء الطين والتراب أو الحطب أو ربط الدابة في الطريق النافذ موجب للضمان<sup>(٤)</sup> .

٣١٥ - شروط الإلتلاف الموجب للضمان : يشترط في الإلتلاف الموجب للضمان الشروط العامة التالية :

أولا : التعدي بالقصد السيئ أو بالتقصير والإهمال ، فإذا انتفى التعدي انتفى الضمان حسبما اتضح فيما سلف . وإنما يوصف الفعل بالتعدي إذا كان محرما لذاته أو لغیره ، كما إذا كان الفعل مباحا وصحبه الإهمال أو التقصير . ومعيار التقصير أو الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس . ويتنفي التعدي كما اتضح

(١) Tort Law, Dias P, 59 .

(٢) جمع الضمانات : ١٧٧ .

(٣) جمع الضمانات : ١٧٧ .

(٤) جمع الضمانات : ١٨١ .

فيما سبق يكون الفعل أداء لواجب وبموافقة المواضعات الاجتماعية السائدة . ويرجع الخلاف في إيجاب الضمان بإلقاء الثلوج في الطريق إلى اختلاف هذه المواضعات ، فلم يتساحح محمد في هذا الإلقاء لأن الناس لم تكن تلجأ لذلك في مجتمعه فيجب الضمان على من فعله ، بخلاف البيعات الأخرى التي كانت تضطر إلى إلقائه في الطرقات لكثرة في بلادهم وحاجتهم إلى تخلية بيوتهم منه .

ثانيا : تحقيق الإضرار بالغير في نفسه أو ماله ، سواء كان التلف كلياً أو جزئياً . أما إذا لم يوجد ضرر فلا ضمان ، لأنه شرع لجبره ورفعها فإذا لم يوجد ضرر فلا ضمان . وفي هذا يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الإنجليزي الذي لا يشترط هذا الشرط بوجه عام للحكم بالمسؤولية . ولا شك في دلالة الحكم بهذا النوع من المسؤولية المطلقة Strict Liability على دخول أرض الغير في جميع الأحوال على انحياز القانون لطبقة أصحاب الأراضي والإقطاعيين الذين أرادوا تأكيد سلطانهم على أراضيهم بإيجاب التعويض على كل من يدخل أرضهم وينتهك حماها . وهذا الجزء أشبه بالعقوبة .

ثالثاً : أهلية الإلتلاف : تثبت عند جمهور الفقهاء بما تثبت به أهلية الأداء المتوقعة بوصف الإنسانية ، دون اشتراط العقل والتمييز ، فثبتت أهلية الإلتلاف للصبي والمجنون والسكران والمغشى عليه والمعتوه . ولكن ذهب بعض المالكية إلى اشتراط العقل والتمييز في أهلية الإلتلاف ، ولذلك اعتبروا إلتلاف غير المميز معدوم الأثر كفعل العجملوات . واختار بعض المالكية إلقاء المسؤولية على غير المميز في إلتلاف الأنفس دون الأموال . والراجع عندهم موافقة الجمهور في أهلية غير المميز للضمان بالإلتلاف مطلقاً<sup>(١)</sup> . وقد ذهب الظاهرية إلى نفي أهلية غير المميز في الضمان بالإلتلاف ، وألحقوا به المغشى عليه . والسكران ، باعتبارهم جميعاً غير داخلين في الخطاب الشرعي ، بخلاف النائم فإنه يضمن ما أضربه غيره أثناء نومه لدخوله في الخطاب الشرعي<sup>(٢)</sup> .

(١) الحرفى : ١٣١/٦ .

(٢) المحلى : ٣٩/١١ ، فقرة ٢١٣٠ .

وبلغت النظر اتفاق ما أخذت به القوانين الوضعية مع مذهب الظاهرية وبعض المالكية في اشتراط التمييز لقيام المسؤولية . ولعل شيوع هذا الاتجاه الفقهي في الأندلس الإسلامية هو السبب في هذا الاتفاق .

وتثبت أهلية الضمان بالإتلاف لجماعة المسلمين في تضمين بيت المال ديئات من لا يعرف قتله ، إعمالاً لمبدأ لا يظل دم في الإسلام وتحقيقاً للتكافل الاجتماعي . وتفصيله في أحوال وجوب القسامة في كتب الفقه . ويشبه هذا الحل ما أخذت به إنجلترا في عام ١٩٤٦ حين أنشأت نظاماً يعمل على تعويض المصابين في حوادث السيارات التي لم يستدل على أصحابها أو في الحالات التي لا يستطيع أصحاب أصحاب السيارات الوفاء بقيمة التعويضات المستحقة للمصابين<sup>(١)</sup> . كما يشبه كذلك ما أخذت به إنجلترا في هذا القرن أيضاً حين أنشأت مؤسسة لتعويض المصابين في الجنايات والجرائم إذا لم يعرف الجاني أو إذا كانت حالته المالية لا تمكنه من الوفاء بالتعويضات المستحقة عليه . ويطلق على هذه الهيئة هيئة التعويض عن الإصابات الجنائية Criminal Injuries Compensation Board<sup>(٢)</sup> .

رابعا : القدرة على الإتلاف بمعنى أن ينسب التلف إلى من له قدرة على إحداثه بالمباشرة أو بالتسبب . وهذه القدرة أو القوة المشترطة لإيجاب الضمان إما أن تكون قوة مادية حسية أو شرعية اعتبارية . ولهذا لا يضمن الصبي راكب على الدابة ما وطئته إذا كان لا يستطيع إمساك نفسه على الدابة . والصبي والمجنون لا يتحملان من الدية الواجبة على العاقلة شيئا ، لأنهما ليسا من أهل النصرة . وللنائم قدرة على الإتلاف بقتله كما لو إنقلب على صبي إلى جواره فقتله . أما القوة الشرعية فتعني الأهلية لاستعمال حق يؤدي إلى الإضرار بالغير ، وذلك كالشهادة ، فأهلية تحملها وأدائها قد توجب الضمان إذا ظهر كذب الشاهد . أما إذا لم تكن للمرء أهلية للشهادة ، كالصبي فإنه لا يتصور لإيجاب الضمان برجوعه عن شهادته .

خامسا : عصمة الشيء الثالث . لا يوجب الإتلاف الضمان إلا إذا كان

(١) Dias F. 30 .

(٢) السابق : ص ٢٨ .

الشيء المثلث معصوما شرعا . وإنما تنتفى العصمة بزوال سببها أو بارتكاب الجرائم المهددة . توضيحه أن سبب العصمة في الدولة الإسلامية للدماء والأموال هو الإيمان بالدين الإسلامي أو الأمان وهو الدخول في عقد الذمة ، فإذا زال أي من هذين السببين بالردة أو بنقض العهد والسلوك مسلكا مخالفا لما يوجبه زالت العصمة . وتزول كذلك بارتكاب جريمة من الجرائم المعاقب عليه بالقتل أو القطع كزنا المحصن والحراة والبغي والقتل والسرقة والتعدى بقطع ما يجب في قطعه القصاص<sup>(١)</sup> . ومن ثم فإن قتل الحرى والمترد لا يوجب الدية لأن الشارع أهدر دمهم ونفى العصمة عنهم . وكذلك لو أُلغى العادل مال الباغي لا يكون مضمونا لإهداره . ومن هذا القليل إتلاف حمر المسلم وتخزيه بخلاف ما إذا كانا لذمي حسبما سبق ذكره . ولا عصمة للمباحات لأنها غير متقومة بحكم كونها غير مملوكة لأحد . ولا يجب الضمان بكسر أدوات اللهو أو إحراقها لانتفاء عصمتها .

سادسا : ولاية الدولة الإسلامية على مكان الإتلاف وأطرافه ، مما يمد من الشروط العامة للتكليف .

سابعا : السببية ، ويقصد بهذا الشرط حسبما تقدم أن ينسب التلف إلى الفعل وإلا لم يكن ما تولد عنه من مسئولية فاعله . ولذلك فإن الأمر بوضع حجر في الطريق لا يسأل عما ترتب على هذا الوضع من تلف وإنما يسأل عنه الواضع لترتب التلف على فعله ونسبته إلى هذا الفعل<sup>(٢)</sup> . ولو أن أحدا حفر بئرا في الطريق فألقى شخص نفسه فيها متعمدا فلا ضمان على الحافر ، لأن التلف لا يضاف إلى فعله وإنما إلى تعمد الشخص إلقاء نفسه فيها<sup>(٣)</sup> . ويوضح هذا الشرط كذلك من القانون الإنجليزي قضية *Byrne v. Boodle* ( ١٨٦٣ ) حيث سقط على المدعى برميل من نافذة مخزن المدعى عليه فحكمت المحكمة على المدعى عليه بضمان الأضرار التي لحقت بالمدعى من سقوط البرميل عليه ، على

(١) انظر في ذلك : التشريع الجنائي لعبد القادر عردة : ٥٢٩/١ وما بعدها .

(٢) مجمع الضمانات : ١٨١ .

(٣) السابق : ١٨٠ .

أساس أن هذه الأضرار مضافة إلى إهمال المدعى عليه الذى تدل عليه واقعة السقوط ذاتها ، فإن الأشياء الموضوعة بعناية لا تقع على هذا النحو . ويشبه الحكم فى قضية *Leanes V. Egerton* ( ١٩٤٣ ) حيث وقعت على المدعى شظية من زجاج نافذة بيت غير مأهول حينما كان يسير فى الطريق العام . ورغم أن الزجاج قد انكسر إثر هبوب رياح قوية فقد أخذت المحكمة بأنه كان على المدعى عليه أن يتفقد حال الزجاج وقدترته على مقلومة مثل هذه الرياح منعا للإضرار بغيره ، ورأت المحكمة لذلك إضافة الضرر إلى إهماله .

٣١٦- بين المباشرة والتسبب : تدل القاعدة الفقهية بصيغتها التى ترجحت فى هذا البحث ، وهى أن المباشر ضامن وإن لم يعتمد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا ، على افتراق المباشرة عن التسبب بالرغم من اشتراكهما فى نسبة الضمان إليهما . وترجع الفروق بينهما إلى قوة المباشرة واتصال التلف بها دون واسطة خلافا للتسبب الذى يتخلل بينه وبين التلف واسطة أو عدة وسائط ، لذلك فإن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشرة لا إلى السبب عند اجتماعهما واقتران التلف بهما إلا إذا أضيفت المباشرة إلى السبب وتولدت عنه .

وقد أشار الفقهاء إلى عدة فروق بين المباشرة والتسبب ، من بينها ما على :

أولا : لا فرق فى المباشرة بين التصرف فى الملك وغيره ، فمن يجد فى أرضه حيوانا لغيرة فيضربه يضمن ما تولد عن هذا الضرب من ضرر ، ولا يدفع عنه الضمان أن الحيوان كان فى ملكه . وكذا لو نام فى ملكه فانقلب على إنسان كان ضامنا لأنه مباشر فى قتله ، حيث إنه إما متعمد أو مقصر فى النظر المأمور به شرعا<sup>(١)</sup> . ومن جنسه أن يرمى سهما إلى هدف فى ملكه فيصيب إنسانا كان واقفا فى ملك الرامى للسهم ، ويضمن بلا خلاف بين الفقهاء

---

(١) السابق : ١٦٥ .

للمباشرة<sup>(١)</sup> . أما الإلتلاف بالتسبب فيفرق فيه بعض الفقهاء بين التصرف في الملك والتصرف في غيره . توضيح ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن التصرف في غير الملك إذا لم يستند إلى إذن شرعى أو إلى موافقة الإمام أو نائبه يوجب الضمان ، فمن ( وضع في الطريق حجرا أو جذعا أو بنى فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فعطب به إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذى أحدثه في الطريق وصار كأنه دفع الذى عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة ، والمدفوع كالآلة<sup>(٢)</sup> ) . وفي رأى أبى يوسف تقييد التصرف في غير الملك لإيجاب الضمان بكون الفعل ضارا ، أما الفعل النافع فلا يوجب الضمان وإن لم يستند إلى موافقة سابقة من الإمام ، فمن ( أقام جسرا على نهر أو قطرة في غير ملكه لم يضمن عند أبى يوسف ، لأنه محسوب ينتفع الناس بما أحدثه ، وفي ظاهر الرواية يكون ضامنا إلا إذا فعل ذلك بإذن الإمام<sup>(٣)</sup> ) .

أما التسبب في التلف بالتصرف في الملك كأن يحفر بئرا في ملكه للفتك بمن يدخل إلى هذا الملك من السراق واللصوص ، وكأن يجدد قضيبا أو عيدانا ويجعلها بهابه لتدخل في رجل من يدخل إلى ملكه دون إذنه ، وكأن يتخذ كلبا في داره ليعقر من يدخل هذه الدار دون إذنه ، فإنه يضمن في هذه الأحوال عند المالكية بإطلاق تعديه بهذا القصد ، ولأن حقه في استعمال المباح مقيد بشرط السلامة<sup>(٤)</sup> . وفي المذهب الحنبلي روايتان في اتخاذ الكلب العقور وما يشبهه ، يجب الضمان على إحدى هاتين الروايتين وإن كان الدخول بغير إذن<sup>(٥)</sup> . وفي المذهب الشافعى أنه إذا انطوى التسبب في التلف بالتصرف في الملك على التعدى ويجب الضمان . وإلا فلا ؛ فمن ( ينصب رصيصا من اللبن لحرقه قمينة .. في غير المكان

(١) جميع الضمانات : ١٦٥ .

(٢) السابق : ١٧٦ .

(٣) السابق : ١٧٩ .

(٤) تمصرة المحكم لابن فرحون : ٣٤٦/٢ .

(٥) الإنصاف : ٢٢٢/٦ .

الخصص والوقت المناسب للذين جرت عادة الناس بنصب الرصاص أو القمائن فيها ، كأن جاء في وقت امتلاء الأجران بمحصاد الحقل ، فأوقد في تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعب القطن في الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن ما أئلف . أما إذا أعد الرصاص في أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن وكان لآخر صومعة فيها تين أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فأحرق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد . وكذلك لو أروى أرضه في دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن ، لأنه غير متعد . فإذا أرواها في غير دوره ، وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق في المياه ، ثم تسربت إلى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف (١) وبهذا فإن التصرف في الملك يوجب ضمان الضرر الناشئ عنه إذا انطوى على التعدي ومجازة المألوف ، وهو واضح في مثالي تسرب الماء إلى أرض الجار وانتقال الشرر من الملك . ومع ذلك فإن الذين أطلقوا حرية الملك في التصرف في ملكه ، وهم أبو حنيفة والشافعي والظاهرية ، قيدوا أحوال وجوب الضمان بما هو من قبيل المباشرة وما يلتحق بها من تسرب المياه وانتقال النار ، باعتبارها أضرارا يعظم خطرهما ويكثر وقوعها وبمس الحاجة إلى تحديد المسؤولية فيها .

وفي المذهب الحنفي بعض التخریجات التي توجب الضمان على الإهمال في رعاية المالك بملكه ، ففي مجمع الضمانات أنه ( لو وضع قنطرة في نهر يخص لأقوام مخصوصين فمشى عليها إنسان فالتحسفت به ... ومات ، إن تعمد المروء عليها لا يضمن الواضع ، وإن لم يعلم المار به ضمن كما لو وضع الخشبة في الطريق فمرت به دابة لا بسوق أحد فعطبت كان ضامنا . قالوا إن كانت الخشبة صغيرة ، بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها ، لأن الوطء على مثل هذه الخشبة بمنزلة الزلق أو التعلق بالحجر الموضوع في الطريق عمدا ، وذلك لا يوجب الضمان ، وإن كانت الخشبة كبيرة ويوطأ على مثلها يضمن واضعها ) (٢) ، فاعتبروه متعديا بوضع خشبة على نهر له ملك فيه ، إذا كانت الخشبة لا تحتمل

(١) تكملة المجموع : ٢٩٣/١٤ .

(٢) مجمع الضمانات : ١٧٨ .

مرور أحد فوقها . وإنما لا يجب الضمان في الأحوال المتفرعة عن ذلك إذا أضيف التعدى إلى المارّ على الخشية بمعرفة تعييبها وتعنده المرور عليها أو إذا كانت مما لا يوطأ على مثلها ، حيث يضاف تضرره إلى فعل نفسه .

ثانياً : من الفروق بين المباشرة والتسبب أن نسبة التلف إلى المباشرة لا تنقطع بإمكان الضرر تجنب الضرر وبقدرته على تفاديه ، فلو جرحه فسرى الجرح إلى الوفاة لعدم تدافيه ضمن الجراح الوفاة . أما من رش بعض الطريق فزلق به إنسان ، وقد رأى الرش وأمكنه المرور من الجزء الآخر غير الميتل ، فلا ضمان عليه ، لأنه متسبب فيشترط عدم إمكان الضرر تفادى الضرر تجنبه . يوضحه أن من ألقى أحداً في حوض به ماء ، وأمكنه الخروج منه فلم يفعل حتى مات فالقياس ألا يضمن رغم أن الإلقاء في الحوض من المباشرة ولا يشترط فيها إمكان احتراز المضرور عن الضرر الذى لحق به . وإنما ذلك لأن موته مضاف إلى فعله نفسه وهو البقاء في الماء لا الإلقاء فيه ، فلم يجب الضمان لهذا . وتنحصر مسئولية المباشر لذلك فيما أدى إليه الإلقاء من أضرار ، بحكم نسبة الوفاة إلى عمل المتضرر . ويدل ذلك على أنه إذا زاد المتضرر في الخسارة اللاحقة به بسوء تديره فإن التعدى لا يتحمل هذه الزيادة لإضافتها إلى غير فعله . ويقابل ذلك في القانون الانجليزى على سبيل المقارنة قاعدة وجوب سعى المتضرر إلى تقليل خسائره . يوضح هذه القاعدة الحكم في قضية *Darbis hir v. Warren* ( ١٩٦٣ ) حيث تحطمت سيارة المدعى التى قدرت قيمتها بمحالى ٨٥ جنيه انجليزيا ، فأنفق في إصلاحها ١٩٢ جنيه انجليزيا ، ولكن المحكمة قضت له بتعويض لا يشمل إلا قيمة السيارة ومقابل استئجار سيارة بديلة مدة إصلاح سيارته التى تحطمت (١) .

ثالثاً : تكفى المباشرة وحدها لإيجاب الضمان ، ولا حاجة بالمدعى إلى إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر المباشر المتولد عنه لوضوحه ، بخلاف التسبب الذى يجب على المدعى أن يثبت كلا من الضرر ونسبته إلى السبب الذى أنشأه .

رابعا : إذا اجتمعت المباشرة والسبب أضيف الحكم إلى المباشر على سبيل  
العموم . وتفصيله بالتفريق بين الأحوال الثلاثة التالية :

١ - تغليب السبب على المباشرة وإضافة الحكم إليه إذا اجتمعا ولم تكن  
المباشرة من التعدي ، وذلك كقتل المحكوم عليه بالقصاص قضاء بناء على شهادة  
الزور ، فمباشرة الجلاد التنفيذ لا توجب الضمان لا ستناد المباشرة إلى سببها وهو  
قضاء القاضى المستند بدوره إلى شهادة الزور . والقاعدة التى يذكرها ابن رجب  
أنه إذا أضيف التلف إلى فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه أضيف  
التلف إلى الفعل غير المأذون فيه<sup>(١)</sup> .

٢ - تغليب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كما إذا جرح شخصا  
وقتله آخر فإن ضمان القتل يضاف إلى المباشر .

٣ - تساوى أثر المباشرة والسبب فى إحداث التلف كالإكراه على القتل  
والأمر به ، فإن كلا من المكره والمكروه والمأمور والأمر مسغولان عن القتل ،  
لإضافته إليهما .

### المبحث الثالث : بعض أشكال التسبب

٣١٧ - تقديم : ترجع أهمية هذا المبحث إلى كثرة ما يصادف القارئ  
فى الكتب الفقهية من إشارات لأشكال عديدة من الأفعال الموجبة للضمان  
كالتقصير والإهمال والترك وكتيان الحق والسيماية والدلالة والوشاية وشهادة الزور  
والغرور والحيلولة والأمر والإكراه وغير ذلك مما يجب التعرف على معانيه  
بالتحديد ، لاستخلاص قاعدة عامة يمكن تطبيقها على تلك الصور التى جلت فى  
هذا العصر . ويلاحظ على هذه الأفعال المشار إليها أنها تشكل تعديات ، يحكم  
مخالفتها ما أوجبه الشارح من رعاية حقوق الغير فى أموالهم وأبدانهم ، وأن التعدي  
فى هذه الصور جميعها إما أن يكون بارتكاب محرم أو بمخالفة واجب ، وينقسم  
التعدي بهذا الاعتبار إلى أن يكون فعلا أو كفا وتركيا . وفيما على إشارة إلى كل  
فعل من هذه الأفعال :

(١) قواعد ابن رجب : ص ٢٨ فى ٢٨ .

## الفرع الأول : الإهمال Negligence

٣١٨ - على الرغم من شيوع استخدام مصطلح التقصير في الفقه باعتباره سببا لإيجاب الضمان فإن الفقهاء لم يعتنوا أنفسهم بتعريفه تعريفا جامعا مانعا فيما اطلعت عليه اكتفاء بوضوح مفهومه من الأمثلة التي ساقوها . والمعنى الذى يستنبط من هذه الأمثلة في تعريف الإهمال أو التقصير الموجب للضمان هو مخالفة ما أوجبه الشارع من رعاية وتبصر لحقوق الغير وسلامتهم في أموالهم وأنفسهم وسائر حقوقهم الأخرى . يتضح هذا المعنى بالنظر إلى الأمثلة التالية :

- جاء في مجمع الضمانات أن ( المودع إذا ربط سلسلة على باب خزانته في خان يحمل ولم يقفله ، فخرج فسرقت ودعيته ، قالوا إن عد هذا إغفالا وإهمالا كان ضامنا وإلا فلا )<sup>(١)</sup> .

- ما أصابته الدابة من غير تقريط من السائق والقائد والراكب أو عن غلبه منها لهم ( فلا شيء عليهم فيه ، لأن ذلك ليس من قبيل تقريط ولا إهمال وإنما هو من جهتها )<sup>(٢)</sup> ولا يمكنهم الاحتراز عنه فلا ضمان عليهم فيه .

- جاء في التبصرة : ( ما أفسدت المواشى ، وما أفسدت البهائم في الزرع ، نهارا فلا ضمان على أرباب المواشى . وأما بالليل فالضمان عليهم . والقول بنفى الضمان فيما أفسدته نهارا محمول على أن المواشى معها راع ، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون )<sup>(٣)</sup> .

- جاء في مجمع الضمانات : ( انفلتت فأس من قصاب كان يكسر المعظم فأتلفت عضو لإنسان يضمن وهو خطأ )<sup>(٤)</sup> . وفي ذلك يفصح انفلت الآلة من

(١) مجمع الضمانات : ٧٥ .

(٢) تبصرة الحكم : ٣٥٢/٢ .

(٣) السابق : ٣٥٥/٢ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٧٠ .

يد الجزار عن إهماله وتقصيره ، فإن المعتاد أنها لا تنفلت من يده إذا كان يمسكها على الوجه الصحيح .

- ومن ذلك أنه إذا غطت امرأة ( قدر أخرى تغل فانصب شيء من شدة غليانها وأحرق رجل صبي تضمن المغطية )<sup>(١)</sup> ، لأنه كان عليها أن تتوقع فوران الماء من القدر بغليانها واحتمال إصابة الأطفال القريبين منها بذلك . وإلى مثل هذا يشير الشاطبي بعبارة ( التقصير في النظر المأمور به شرعا )<sup>(٢)</sup> مما يعده سببا لإيجاب الضمان .

- ومن جنسه ما لو ( أعطى صبييا سلاحا يمسكه فعطب الصبي بذلك تجب دية الصبي على عاقلة المعطى . ولو لم يقل له امسكه المختار أنه يضمن . وكذا لو قال للصبي اصعد هذه الشجرة وانفض ثمارها فصعد وسقط ضمن الأمر )<sup>(٣)</sup> ، لأنه قصر في النظر المأمور به شرعا ، وكان عليه أن يتوقع احتمال سوء تصرف الصبي في السلاح الذى اعطاه له أو أثناء رقيه على الشجرة .

- ومنه كذلك ما لو صب في الطريق ( ماء فانجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن ) ، وكذا لو رمى الثلج في طريق فسقط عليه إنسان ضمن )<sup>(٤)</sup> ، لأنه كان عليه أن يتوقع هذا الزلق الذى يعد نتيجة طبيعية لفعله . وإنما يختص وجوب التوقع بما يوجب وقوعه في العادة . أما ما ينذر وقوعه فلا يجب التحرز عنه . لأن النادر لا يحكم له فيما هي القاعدة الفقهية . وعلى ذلك لو اعتاد الناس مرور الأطفال والمعوقين والعميان وحدهم في أماكن معينة وجب على قائدى السيارات وغيرهم من المنتفعين بالطريق التحرز من الإضرار بهم . أما إذا لم يكن من المألوف مرور أمثال هؤلاء في الطرقات وحدهم غير مصحوبين بمن يصونهم ويحفظهم فإنه لا يجب على المنتفعين بالطريق زيادة التحرز والعناية . وفي ذلك ما قد يوضح الخلاف الوارد في جميع الضمانات بخصوص ما لو نهب أحد نقبا في نهر لسقى أرضه ، ( فوقع فيه أعمى قتلف فعليه الضمان ... وقال القاضى بدفع الدين :

(١) السابق .

(٢) نوازل : ٣٥٨/٢ .

(٣) جميع الضمانات : ١٦٦ .

(٤) السابق : ١٦٤ .

لا يضمن، لأنه مأذون برفع الماء ولا يتهيأ له إلا بالنقب<sup>(١)</sup>. ولا يصح استدلال هذا القاضي من جهة أنه كان بالوسع تحقيق مصلحة المدعين ببذل زيادة عناية عن طريق حراسة النقب الذي لا يمكن لغير المبصرين اجتنابه. وعلى سبيل المقارنة فقد استند مجلس اللوردات The House of Lords في حكمه في قضية مماثلة في عام ١٩٦٥ م إلى الإحصاءات الواقعية. الدالة على كثرة سير العميان والمعوقين على أرصفة الشوارع وحدهم غير مصحوبين بمن يمينهم في سيرهم. ورأى المجلس أنه كان من واجب المدعى عليهم أن يأخذوا هذه الحقيقة في اعتبارهم عند وضعهم يد مدقة في واجهة بالوعة Trench على نحو يبدو بوضوح للنوى القدرة على الإبصار دون غيرهم ممن حرّموا هذه النعمة<sup>(٢)</sup>.

- وكذلك لو كان حداد يضرب على حديد محمي في دكانه (فانتزعت شرارة من ضربه فوقعت على ثوب رجل يمر في الطريق فأحرقت ثوبه ضمن الحداد. وذكر الناطقي: حداد يجلس في دكان اتخذ في حانوته كبرا يعمل به والحانوت إلى جانب طريق العامة فأوقد الحداد كبره نارا على حديد له ثم أخرج حديدته فوضعه على علاته، وطرقها بمطرقة، فخطاير ما يتطاير من الحديدية الحمأة ويخرج ذلك من حانوته وقتل رجلا أو قفا عين رجل أو أحرق ثوب إنسان أو قتل دابته كان ضمان ما تلف بذلك من المال والدابة في مال الحداد ودية القتل والعين تكون على عاقلته، لأن ما طار من دق الحديد وضربه فهو كجنايته بيده لا عن قصده<sup>(٣)</sup>. وإنما يضمن الحداد لأن خروج الشرارة إلى الشارع وإصابتها المارة دليل واضح في ذاته على إهماله.

- ومن ذلك ما لو (أوقد تنوره نارا فألقى فيه من الخطب ما لا يحتمله التنور فاحترق بيته وتعدى إلى دار جاره فأحرق يضمن صاحب التنور<sup>(٤)</sup>. ولهذا الأمثلة دلالتها على وضوح مفهوم الإهمال الموجب للضمان لدى

(١) السابق : ١٦٥ .

(٢) Dias P. 58 .

(٣) السابق : ١٦١ .

(٤) السابق ، والفتاوى الخاتبة بهمش للندية ٢٨٣/٣ .

الفقهاء الذى قد يكون بالتقصير فى النظر المأمور به شرعا على حد تعبير الشاطبى ، أو بمجاوزة المعتاد أو بمخالفة أوامر الشرع ، كما لو أخذ طفلا إلى مكان بعيد وتركه فيه فضاع أو سرقه أحد أو اقترسه سبع أو غيره فإن أخذه يضمن وإن لم يتعمد هذه النتيجة .

٣١٩ - ولا يشترط لتحقيق الإهمال التصرف بالفعل بل يعد الكف أو الترك لما أوجبه الشارع محققا للإهمال أيضا . من ذلك أنه لو اضطر إنسان إلى طعام أو شراب لغير مضطر فطلبه منه فمنعه إياه فمات بذلك ضمنه المطلوب منه . وقد وقعت من ذلك فى عهد عمر واقعة : فقد روى أن رجلا أتى أهل أبيات فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر الدية ، ولم يعرف له مخالف ، لأنهم تسببوا إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه فضمنوا . ويضمن المانع الدية فى ماله عند الخنايلة ، لتعمده فعلا يقتل مثله غالبا . وفى اتجاه آخر فى المذهب أن الضمان على العاقلة لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه عمدا<sup>(١)</sup> .

ويشترط لإيجاب الضمان بالترك أن يكون على خلاف الواجب وإلا لم تنشأ المسؤولية . ولهذا لا يضمن من لديه فضل طعام إذا لم يطلبه المضطر منه ، لأنه لا يجب عليه البذل إلا بالطلب . وكذا لو كان صاحب الطعام أو الشراب مضطرا هو الآخر ومنع غيره فمات هذا الغير لم يضمن لأنه لا يجب عليه بذلك فى هذه الحالة كذلك . وكذا إذا خاف أن يضطر<sup>(٢)</sup> ، لأنه لا يجب عليه البذل عند خوف الاضطرار .

ولو أمكنه إخماء آدمى أو غيره من هلكة كإخماء نار أو سبب فلم يفعل حتى هلك فإنه يضمن فى اتجاه المذهب الحنبلى وفى مذهب المالكية لقاعدة من ترك واجبا فى الصون ضمن<sup>(٣)</sup> . ويضمن السارق لذلك ما ضاع من البيت إذا ترك الباب مفتوحا ولم يلقه كما كان قبل دخوله<sup>(٤)</sup> .

(١) كشف القناع : ١٥/٦ .

(٣) كشف القناع : ١٥/٦ .

(٤) تبصرة المحكم بهيش فتح القلى للمالك : ٣٥٠/٢ .

(٢) السابق .

وينقل البهوق وجوب التعزير على فعل المحرمات وترك الواجبات مطلقاً ،  
معقبا على ذلك بقوله : ( فمن جنس ترك الواجبات من كتم ما يجب بيانه كالتأنيع  
المدلس بإخفاء عيبه ونحوه والمؤجر المدلس والتاكح المدلس وغيرهم من المعاملين  
إذا دلس . وكذا الشاهد والخير الواجب عليه الإخبار بما علمه من نحو نجاسة شيء  
والمفتي والحاكم ونحوهم ، فإن كتمان الحق سبب للضمان . وعلى هذا لو كتبتما  
شهادة كتماننا أبطالا به حق مسلم ضمنناه ، مثل أن يكون عليه حق بيينة وقد أداه  
حقه له ، أى المؤدى لما كان له عليه ، بيينة بالأداء ، فتكتما الشهادة حتى يغرم  
ذلك الحق (١) . وإنما يضمن في هذه الأحوال مخالفته الواجب عليه من الإفشاء  
وعدم الكتمان .

وإنما يضمن تسرب الماء وانتقال النيران إلى أرض الغير إذا أهمل في أداء  
واجبه من التحوط ، وإلا لم يضمن (٢) . ويبدو أن عددا كبيرا من قضايها الضمان  
التي كانت تنظرها المحاكم في البلاد الإسلامية كان موضوعها انتقال النيران وتسرب  
المياه إلى الأراضي المجاورة ، وهو ما يفسر سبب اهتمام الفقهاء بذكر أمثلة عديدة  
مضمونها هذا الانتقال والتسرب . وقد خصص البغدادى فصلا لانتقال النار وآخر  
لانتقال المياه مما يدل على شيوع هذا النوع من التعديات .

٣٢٠ - ولا يخفى حرمة الإهمال أو الترك للواجب ، وإن رفع الشارع  
استحقاق الإثم إذا لم يقصد التارك أو الممهمل الإضرار بغيره . ( والإجماع على أن  
الشارع لا يبيح الخطأ أو الإهمال ، فقلوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا  
إلا خطأ ﴾ هو كقوله : وما كان له أن يقتل مؤمنا عمدا . لا أنه كان له أن يقتل  
خطأ ، لأنه يوجب إذن الشارع به ، ولا يجوز إذن الشارع بالقتل الخطأ ، لأن  
جهة الحرمة ثابتة فيه بناء على ترك التروى . ولهذا تجب فيه الكفارة ، ولو كان  
مباحا محضاً لما وجبت الكفارة . وهذا دليل تفردت بإيراده ، وهذا أقوى دليل  
على المذهب . والشافعية حملوا الاستثناء في قوله إلا خطأ على المنقطع فرارا عن

(١) كشف القناع : ١٢٥/٦ .

(٢) البصرة : ٣٤٧/٢ .

هذا . لكن الأصل هو المتصل (١) ، وأنه ليس له القتل عمداً غير الخطأ ، بناءً على أن إلا بمعنى غير صفة منصوبة أى أنه ليس لمؤمن قتل مؤمن عمداً غير ما كان منه على سبيل الخطأ . واللام في المؤمن بمعنى عدم المناسبة (٢) .

٣٢١ - وضابط الإهمال هو مجاوزة المعتاد المألوف بين الناس ، حسباً تقدم توضيحه . ويجرى الحكم على مراعاة ذلك في الأحوال التالية :

- يضمن المعلم لو ضرب المتعلم ضرباً جاوز حد المعتاد فيما نص عليه ابن فرحون (٣) .

- لو تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذى جسرها احتاط فيها فإنه يضمن . وكذا لو احتاط في تجسيرها وأغفل تسريع المياه حتى كسر الجسر وفاض عنه إلى أرض الجار فإنه يضمن (٤) .

وكثيراً ما يدل الضرر أو النتيجة بذاتها على مجاوزة المعتاد أحياناً ، كما في حالة انتقال الماء إلى أرض الجار ، فإنه إما أن يكون بسبب الغفلة عن تسريع المياه وتصريفها أو بعدم الاحتياط في تجسيرها . ولا يحتاج المدعى في هذا المثال لإثبات مجاوزة المدعى عليه المعتاد وتحديد نوع الإهمال أو الغفلة نظراً لوضوح تقريره بمجرد تسرب المياه إلى أرض جاره ، فإن الذين يلتزمون بالمعتاد لا تسرب المياه التي يسرحونها لأرضهم . ويشبه هذا على سبيل المقارنة الأساس المعروف في القانون الإنجليزي للحكم بالإهمال والتقصير في الأضرار التي يدل وقوعها على وقوع إهمال وعدم التحوط . وهذا الأساس هو أن الأشياء تفصح عن نفسها *Things Speak for its elf* . ويستند هذا الأساس إلى أعمال المعروف والمعتاد بين الناس الذين كثيراً ما ينسبون عملاً من الأعمال إلى الغفلة أو الإهمال بالنظر إلى نتيجة دون بحث في ملاسات وقوعه والظروف التي تم فيها . والقاعدة التي يسوقها عدد من الفقهاء أن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية بل على

(١) التوضيح ٤٦٢/٢ .

(٢) انظر جمع الجوامع : ١٠/٢ ، وتفرع الفروع على الأصول للزنجاني : ١٥٢ .

(٣) تبصرة الحكام بإرشاد فتح الباع للملك : ٣٤٩/٢ .

(٤) السابق : ٣٥٠/٢ .

الاعتقادات العرفية<sup>(١)</sup> . ومن شأن تطبيق هذا الأساس أن ييسر الحكم بالضمان في جميع أحوال الضرر الدالة على عدم التحرز والتحوط . وتفرعاً على ذلك فإن من وضع جرة على سطح فتدحرجت على سائر في الطريق وجب الضمان على واضعها لدلالة سقوطها في الطريق على إهماله ، ولأن الناس الذين يضعون جرارهم على أسطحهم بشيء من التحوط والتحرز لا تقع جرارهم على رؤوس السائقين . ويجب لهذا الحكم بالضمان على واضع الجرة إذا تدحرجت ووقعت على أحد الناس . ولا يلتفت لقول من قال بعدم الضمان إذا وقعت بتحريك الريح لها عن موقعها ، لأن القوى الطبيعية لا تدخل في الاعتبار عند تقرير المسؤولية ، وإلا لانتفت المسؤولية في جميع الأحوال لتدخل قوة الجاذبية الأرضية دائماً ولا فرق بينها وبين قوة الريح من هذا الجانب . وفي ضوء ذلك نفهم قول ابن مفلح ( وضع شيئاً على علو كجرة وضعها على سطحه فرمته الريح على إنسان قتلف لم يضمنه على المذهب ، لأن ذلك كان بغير فعله ، ووضعه لذلك كان في ملكه . وقيل يضمن إذا وضعها متطرفة . جزم به في الوجيز ، لأنه تسبب إلى إلحاقها وتعدى بوضعها )<sup>(٢)</sup> .

(١) مخرج الفروع : ٢٢٦ .

(٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح : ٣٤٤/٨ .

## الفرع الثاني : الغرور

٣٢٢ - الغرور في اللغة هو الخداع من باب قعد ، ودار القور ، أى الدنيا لأنها تخدع بزيتها ، اسم فاعل كرسول يفيد المبالغة . وغر الشخص يغر من باب ضرب خدعه ، وغره الشيطان . ومنه قوله تعالى : ﴿ يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم ﴾ بمعنى جرأك عليه وصرفك عنه . وغرر به تفريرا عرضه للهلكة ، ومنه غرر بنفسه وماله . واغتر فلان معناه غفل وبكذا خدع به . واستغتر اغتر وغفل ، والغرارة الغفلة وحادثة السن ، كما في قولك كان ذلك على غرارتى وحادثة سنى<sup>(١)</sup> .

ويدور التعريف الاصطلاحي للغرر على معنيين :

أولهما : بمعنى المخاطرة في حصول المفقود عليه ، وإنما يطلق بهذا المعنى في تعريفهم له في أبواب العقود . ومن هذا القليل تعريف السرخسى للغرر بأنه ما يكون مستور العاقبة<sup>(٢)</sup> ، وتعريف الكاساني له بأنه عبارة عن الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك<sup>(٣)</sup> ، وتعريف المازرى بأنه هو ما تردد بين السلامة والمط<sup>(٤)</sup> ، وتعريف ابن عرفة بأنه هو ما شك في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالبا<sup>(٥)</sup> . وتعريف القرافي له أن هو الذى لا يدرى يحصل أم لا كالطير في الهواء والسماك في الماء<sup>(٦)</sup> . ولا يختلف عن ذلك تعريف الشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية للغرر بهذا المعنى<sup>(٧)</sup> .

(١) للمصباح ، وأقبط ، ولسان العرب ، وللتجد ، وللمجم الوسيط .

(٢) البسيط : ١٩٤/٢ .

(٣) البائع : ١٦٣/٥ .

(٤) جواهر الإكليل : ٢١/٢ .

(٥) الدسوق : ٥٥/٣ .

(٦) القروى : ١٥٠/١ ، ٢٦٥/٣ .

(٧) معنى الاحتياط : ١٢/٢ ، وللذهب : ٢٦٩/١ ، والقواعد التورانية لابن تيمية : ١١٦ ، وزاد للماد

لابن قيم الجوزية : ٢٦٨/٤ .

- والثاني : حمل الغير على التصرف الضار بنفسه أو ماله بإرادته واختياره بتزوين هذا التصرف له وإقناعه به . وإنما يرد بهذا المعنى باعتباره من التعدي بالتسبب الموجب للضمان . ومن هذا القليل تعريف البجنوري له بأنه عبارة عن ( صدور فعل عنه أوجب الضرر عليه بواسطة اغداعه عن آخر ولو لم يكن ذلك الآخر قاصدا لا اغداعه ، بل هو أيضا كان مخدوعا أو كان جاهلا ومشتبها . وعلى كل حال يشترط في كونه مغرورا أن يكون جاهلا بترتب الضرر على فعله ، بحيث لا يتدارك ، لأنه من الممكن أن يكون مغرورا مع علمه بترتب الضرر على فعله للقطع بتداركه <sup>(١)</sup> .

ويشمل هذا التعريف العام للغرر أنواع التصرفات الفعلية والقولية التي تؤثر على إرادة الغير وتقنعه بالسلوك مسلکا يؤدي إلى الإضرار به إذا لم يكن عالما بترتب الضرر على فعله على النحو الذي حدث له . من ذلك أن يقنعه بالدخول مع الغير في تجارة فإذا هذا الغير مفلس أو يعطيه معلومات مضللة وكاذبة عن المركز المالي أو الأسعار في السوق بما يحمله على التصرف تصرفا يؤدي إلى الضرر . ويقترب الغرور بهذا الإطلاق العام من المعنى اللغوي ، حيث يصح أن أقول أنني خدعت بمنظر الجو في الصباح ولم أأخذ الملابس المناسبة ، مما يجعلني أحس بالزهد الآن .

ويميز الفقهاء بين نوعين من الغرور الموجب للضمان ، أولهما الغرور القولي والآخر الغرور العملي .

أما الغرور القولي : فهو أن يحمل الغار المغرور على التصرف وفق ما يريد به بتزوين هذا التصرف والحث عليه بعبارات تفيد ذلك على نحو مباشر أو غير مباشر . وإنما يستوجب الضمان إذا وقع الضرر نتيجة مألوفة لهذا الغرور في مجرى العادات ، بأن يغلب في مثل هذه الحال وقوع المغرور تحت تأثير الغار حتى يصدق ما زينه له وتطمئن إليه نفسه . أما إذا كان في حال لا يغلب فيها تصديق الغار ولا الاطمئنان إلى ما يزينه فلا يجب الضمان <sup>(٢)</sup> . من ذلك أن يذهب إنسان

(١) القواعد الفقهية للبجنوري : ٢٢٥/١ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٧٩/٤ وتبعه الحقايق : ١٤٥/٦ ، والمذهب : ١٨٣/١ .

إلى صيرفي لفحص الدراهم أو الدنانير فيحكم بوجودها ثم يظهر زيفها فإن هذا الصيرفي يضمن .

ويوجب الغرور الفعل الضمان كذلك ، وذلك كأن يستأجر بناء لإقامة حائط فيقع الخاطئ بعد إقامته مباشرة . ومن هذا القليل أن يدفع السمسار ما قبضه من الناس لبيعه إلى أحد موظفيه ، مع معرفته بخيائنه أو بعدم دقته في الحفظ ، فإذا ضاعت أموال الناس كانت مضمونة على هذا السمسار<sup>(١)</sup> . ولو استأجر دابة للحمل وصاحبها يعلم أنها دابة عثور ولا يعلم المستأجر ذلك فإن صاحبها يضمن ما تفسده هذه الدابة بعثارها<sup>(٢)</sup> .

٣٢٣ - وهناك اتهامان في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بإيجاب الغرور للضمان :

الاتهام الأول هو اتهام المضيقين الذين لا يوجبون الضمان بالغرور إلا في ثلاثة مواضع :

١ - أن يكون ضمن عقد من عقود المعاوضة . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٦٥٨ من مجلة الأحكام العدلية ، ولفظها : ( لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره . مثلا : لو اشترى عرصة وبنى عليها ثم استحققت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم . وكذا لو قال لأهل السوق هذا الصغير ولدى ، يبعوه بضاعة فأبى أذنته بالتجارة ، ثم بعد ذلك ظهر أن الصبي ولد غيره فلاهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي ) .

ويتفرع على ذلك أنه لو آجره حيوانا على أنه ملكه فهلك في يد المستأجر ثم ظهر له مستحق فضمن المستأجر قيمته بحكم كونه غاصب الغاصب فللمستأجر أن يرجع على المؤجر بمثل ما ضمن ، لأنه هو الذي غره . ومن جنسه أن ينتج الصانع بضاعة معيبة ويبيعها فإذا أضرت بالمستهلك لزمه الضمان .

(١) جميع الضمانات : ٥٢ .

(٢) الخرش : ٣١/٧ ، وحاشية السوق : ٤٤٥/٣ .

٢ - أن يضمن الغار صفة السلامة للمغرور ، كما لو قال له اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإذا ضاعت بضاعتك أو أصبت بضرر فإني أضمنه لك . فإذا اسلك الطريق الذى أراده الغار وضاعت البضاعة أو تلفت أو سرت فإنه يضمنه ، بناء على ما أُلزم هو به نفسه<sup>(١)</sup> . أما إذا لم يزد على مجرد النصيح بأن قال له لسلك الطريق ولم يلتزم بضمان فإن الأصل ألا يضمن ، لأنه ما زاد على الإخبار بما يراه هو مما لا يعد من التعدى الموجب للضمان ، إلا إذا اقترن نصحه هذا بما يكسبه وصف التعدى كالتية . والقصد إلى الإضرار ، وكالإهمال فى أداء الواجب .. ولهذا لو قال له كل هذا الطعام فإنه طيب فأكله وكان الطعام مسموما فهو ضامن لتعديه بقصده أو بتقصيره ، خلافا للأحناف الذين طبقوا على هذا المثال قاعدة تضمنين المباشر إذا اجتمع فعله مع فعل المتسبب فى إنشاء الضرر . ولا يخفى أن الأحناف أنفسهم لا يطلقون تطبيق هذه القاعدة ويخالفونها فى الأحوال التى تقوى نسبة الضرر إلى فعل المتسبب ، كما فى حالة شهادة الزور . وعلى مذهب الجمهور فى إيجاب الضمان على الغار بتقديم الطعام المسموم على أنه طيب فإن الضمان يلزم صاحب المطعم الذى يقدم الطعام لعملائه ، ثم يكتشف أحدهم . أن بالطعام المقدم إليه بقايا حشرة أو غيره مما تعافه النفس ويؤدى إلى الضرر<sup>(٢)</sup> . ومنه كذلك أن يهدى لأحد هدية ، وبها عيب من العيوب ، فما ينشأ عنها من ضرر يلزم الغار الضمان ، وذلك كأن يشتري لعبة من لعب الأطفال ويكتشف وجود عيب بها يمكن أن يتسبب فى إضرار من يلعب بها من الصغار ، لكنه يهدئها لأحد الصبية بدلا من ردها إلى من اشتراها منه ، فإذا أضرت بيدن الصبي أو ماله وجب ضمان ذلك الضرر على المهدى ، لتعديه بالتسبب فى هذا الضرر<sup>(٣)</sup> .

(١) والمقات الملقين ، مجموعة فتاوى قدرى أئندى : ص ١٢٦ ، وجامع الفصولين : ١١٦/٢ .

(٢) انظر فى ذلك قضية *Donoghue V. Stevenson* التى حكم فيها عام ١٩٣٢ التى تخلص وقائما فى تقديم أحد الناس زجاجة شراب لصديقته ، التى وجدت بها بقايا حشرة دخلتها قبل تهيئة الصانع للرجاجة بالشراب ، فحكم على هذا الصانع بالضمان ، حسبما أشير إلى ذلك فيما سبق . *Tort Law, Dias P. 40* .

(٣) تتأسس مسؤولية المنتج قبل المستهلك المعروفة فى قوانين الضمان الحديثة *Producer and Consumer* على إيجاب الضمان بالمغرور فى عقود المعاوضات فى الفقه الإسلامى باعتبار أن الفش فى السلة المنتجة من التعدى بالتسبب للموجب للضمان .

٣ - إذا كان الغرور في أمر يعود نفعه إلى الغار ، كما لو أودع ودیعة عند رجل فهلكت عنده بلون تعدیه ثم ظهرت مستحقة للغیر فضمنها فإنه یرجع بما صمته علی المودع ، لكونه یعمل لمصلحته ، ویلذ نأیبة عنه فی حفظها . أما المستعیر فإنه لا یرجع علی المعیر إذا ظهرت العاریة مستحقة لغیر المعیر فی رأی الجمهور لأنه یعمل لمصلحة نفسه فی قبض العاریة وانتفاعه بها فوجب علیه ضمانها<sup>(١)</sup> .

ویتخرج علی ذلك فی تقدیری أن من یطلب أجرا لیعمل عنده فی أمر ما فإنه یضمن ما غره به من ضرر فی البدن أو المال ؛ فلو أن شركة تعدین كلفت أجراءها بالعمل فی أحد مناجمها ، ولم تتخذ من الإجراءات ما یلزم لأمن هؤلاء العمال فإنها تكون غارة بهم ، ویجب علی هذه الشركة ضمان ما یعرض لهم من ضرر . ورغم دخول هذا النوع من التعدی فی المفهوم العام للإهمال فلا یخفى أنه من الغرور وتعریض الغیر للتهلكة .

وشروط الغرور الموجب للضمان علی هذا الاتجاه هی :

الشرط الأول : جهل المغرور بالضرر . الثاني : أن یتسبب الغار فی الضرر علی نحو یضاف إلیه . والثالث : أن یتعدى الغار فی فعله بقصد أو إهمال وإلا لم یجب الضمان للمشروعية . والرابع : أن یجرى الغرور فی عقد من عقود المعاوضة أو فی تصرف یرجع نفعه للغار أو إذا رضی الغار بالضمان . وبشروط البعض مع ذلك نية المخادعة والقصد إلی الغرور باشتراطهم معرفة الغار بالضرر المتوقع فی مقابل جهل المغرور . ویقترب مفهوم الغرور Deciet فی القانون الانجلیزی بهذا الشرط الأخير من مفهومه لدى أصحاب هذا الاتجاه الضیق .

أما الاتجاه الثانی الذی یتسم بالتوسع فی تحدید مفهوم الغرور الموجب للضمان فلا یشتط أنصاره نية الغش لدى الغار ، ویعیر التعریف السابق الذی أورده البجنوری للغرور عن هذا الاتجاه . ودلیلهم لتضمن الغار ، وإن لم یقصد الغرور وكان هو الآخر مخدوعا أو جاهلا أو مشتبا ، أنه لا یشتط لتتحقق فعل

(١) انظر الخلاف فی تضمین المستعیر فی المذهب الفقهی فی : بداية المجتهد لأبن رشد : ٢٣٥/٢ ، والبدائع ٢١٧/٦ ، والملاذیة ٨١٣ من العدلیة والملاذیة ٧٧٢ من المرشد والملاذیة ١٣٠٦ من مجلة الأحکام الشرعیة ، وجامعة الدسوق ٤٣٦/٣ .

من الأفعال قصد الفاعل ، فأنت تقوم أو تقعد وإن لم تقصد الإتيان بأى منهما ، وهو يفرك بكلامه أو بفعله ، وإن لم يقصد هو تحقيق هذه النتيجة . ومن يومهم أحداً بأنه ينتفع بفعل من الأفعال يصدق عليه أنه غره وخدعه إذا طأوعه وإن لم يكن قاصداً لخداعه . ومن أدلتهم على مذهبهم عموم ما روى عنه عليه السلام من قوله : « المغرور يرجع على من غره » . ولا معنى لرجوع المغرور على من غره إلا بإيجاب الضمان عليه . ومن أدلتهم كذلك أنه لا يشترط قصد لوجوب الضمان في عموم الأحوال .

ومن تطبيقات ذلك أن الفضولى إذا كتم صفته عن المشتري وتضرر بذلك حق له الرجوع على هذا الفضولى . ولا يبعد أن يدخل في هذا الضرر المضمون ما يحدث عادة من تعجل بيع بعض الناس لممتلكاتهم بأقل من ثمن المثل استعداداً لدفع الثمن بعد الاتفاق المبدئى على الشراء . ومنه كذلك رجوع المحكوم عليه بالخسارة على شاهد الزور من جهة تغريه للحاكم وتسببه بهذا التغرير في تلك الخسارة وكذلك لو أخطأ الشاهدان أو كانا جاهلين ولم يقصدا إلى التزوير فإن الواجب هو إلقاء الضمان عليهما ، بحكم عدم اشتراط قصد عند أصحاب هذا الاتجاه . ومنه كذلك أن يقدم الغاصب الطعام المغمصوب للضيف فيأكله ، فإن من حق المغمصوب منه أن يضمن الأكل ، لمباشرة الإتلاف ، وإن حق لهذا الأكل الرجوع على الغاصب لأنه هو الذى غره . وكذلك لو قال للخياط إن كان هذا يكفى قباء فاقطعه فقطعه وتبين عدم كفايته فإن الضمان على الخياط طبقاً لهذا الاتجاه ، وإن لم يقصد الغرور . وكذلك لو أعار أحد متاعاً إلى الغير ، وهو لا يملكه ، ثم استحق وضمن المستعير له أجرة منفعة الشيء المستعار ، فإن للمستعير الرجوع على المعير لأنه غره .

ويلزم على هذا الاتجاه لذلك أن ( كل ما يغرره الشخص الجاهل بالواقع ويخسره بواسطة فعل شخص آخر أو قوله أو إخفاء عيب فيما بيده .. له أن يرجع إلى الذى غره وإن كان الغار أيضاً جاهلاً مشتبهاً )<sup>(١)</sup> . ويعد تخفيماً للعيب الذى فى

(١) القواعد الفقهية للجنورى : ٢٣٨/١ .

يده من يطلق عليه في القانون الإنجليزي صاحب الفرصة الأخيرة Last Opportunity في اكتشاف عيب السلعة المبيعة قبل ترويجها بين جمهور المستهلكين<sup>(١)</sup>.

٣٢٤ - القانون الإنجليزي : لم يعترف القانون الإنجليزي بالغرور Deciet سببا للضمان إلا في نهاية القرن الثامن عشر حين صدر الحكم عام ١٧٨٩ في قضية Pasley v. Free man والتي اتخذت وقائعها شكلا أحدث في قضية Derry V. Peek . ويزجع الحكم في هذه القضية إلى سنة ١٨٨٩ . ذلك أنه كان قد صدر قانون بإنشاء شركة لتسيير خطوط الترام ، متضمنا النص على حق هذه الشركة في الأخذ بالطاقة البخارية بدلا من الاعتماد على القوة الحيوانية في تسيير الترامات على هذه الخطوط ، شريطة موافقة الإدارة التجارية Board of Trade . وقد أعلن مديرو الشركة في منشورهم ما يفيد ذلك ، مما كان له أثره على شراء أسهم هذه الشركة عند عرضها للاكتتاب العام . وفيما بعد رفضت هيئة التجارة Board of Trade هذا الحق ومنعت الشركة من تسيير تراماتها بالطاقة البخارية فانخفضت قيمة أسهمها تبعاً لذلك . وقد رفع المدعى ، وهو أحد المساهمين ، قضية على الشركة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار ، ولكن مجلس اللوردات The House of Lords رفض هذا الطلب . بناء على انعدام نية الغش لدى هؤلاء المدينين<sup>(٢)</sup>.

ويشترط القانون العرفي في الغرور الموجب للمسئولية الشروط التالية :

- ١ - وجود التعبير الخادع على نحو يناق الحقيقة والواقع ، سواء صدر هذا التعبير شفاهة أو كتابة أو اتخذ شكل السلوك مسلکا عمليا ، كما في قضية R. V. Barnard ( ١٨٣٧ ) الذي دخل محلا في أكسفورد ، متحليا بالزي الجامعي وهو ليس من المتتبعين إليها مما جعل صاحب المحل على الثقة فيه .
- ٢ - أن يتعلق هذا التعبير الخادع بحقائق الواقع لا بالانطباعات عن المستقبل أو الآراء ، ففي قضية Wales v. Wadham ( ١٩٧٧ ) اعتبر تصريح

(١) Tort Law, Dias P. 104

(٢) السابق : ص ١٨٥ ، ١٨٧ .

إحدى النسوة بأنها لن تتزوج مرة أخرى من قبيل الحديث عن المستقبل ، وهو ليس غرورا لذلك . أما في قضية *Edgington v. Fitzmaurice* ( ١٨٨٥ ) فقد أدى سوء التعبير عن الهدف من إصدار السندات إلى إيجاب المسؤولية . وتعد الفتوى القانونية من الغرور كذلك إذا تضمنت مخالفة صريحة لنصوص القانون ، كأن تستند الفتوى إلى خطأ في نقل نص مادة قانونية . وفي قضية *The West London Commercial Bank v. Kiston* ( ١٨٨٤ ) قامت مسؤولية المدعى عليهم بإعلانهم الكاذب عما خوله القانون لهم من التعامل في السفائح<sup>(١)</sup> .

٣ - نية الغش والتدليس لدى الغار ، وإلا لم يكن غارا . ويوضحه حكم مجلس اللوردات *The House of Lords* في قضية *بركة الترام* التي سبقت الإشارة إليها ، حيث لم يمس إعلان المديرين للشركة عن حقها في تسير تراماتها بالطاقة البخارية موجبا للمسئولية لسلامة طوية هؤلاء المديرين وعدم قصدهم إلى التفرير بأحد . لكن عبء إثبات النية السيئة لا يقع على عاتق المدعى ، وإنما يفترض قصد المدعى عليه إلى التفرير إذا لم يطابق قوله الواقع على نحو أضر بالغير ، مع إعطائه الحق في نفى هذا الافتراض بوسائل النفي المعهودة .

٤ - تصرف المدعى على وفق قصد المدعى عليه تصرفا أضر به . أما لو لم يفتقر المدعى بكلام الغار فلا تنشأ المسؤولية . وإنما اشترط هذا الشرط ليتحقق شرط الضرر والسببية<sup>(٢)</sup> .

وبلاحظ الكاتيون في التعدييات الموجبة للضمان أن الضرر في أكثر قضايا الغرور المعروضة على المحاكم من قبيل الضرر المالى وأن عدد محدودا من هذه القضايا هو الذى يتعلق فيه الضرر بالبدن الإنساني<sup>(٣)</sup> .

وتدل هذه المقارنة على سبق الفقه الإسلامى للقانون العرفى الانجليزى في إيجاب الضمان بالغرور ، كما تدل على أن اتجاهات القانون العرفى في ضبط أحكام الغرور الموجب للمسئولية لا تخرج عن الاتجاهات الفقهية في ضبط أحكام هذا النوع من التعدى .

(١) السابق : ص ١٨٤ .

(٢) السابق : ص ١٨٦ .

(٣) *Das P. 185*

### الفرع الثالث : الحيلولة

٣٢٥ - تدل كلمة حال في اللغة على معنى التعرض والمنع ، كما في قوله تعالى : ﴿ وحيل بينهما وبين ما يشتبهون كما فعل بأشياهم من قبل إنهم كانوا في شك مريب ﴾ <sup>(١)</sup> . ومعناه كما جاء في تفسير القرطبي ( حيل بينهم وبين النجاة من العذاب ، وقيل : حيل بينهم وبين ما يشتبهون في الدنيا من أمواهم وأهليهم . ومذهب قتادة أن المعنى أنهم كانوا يشتبهون لما رأوا العذاب أن يقلل منهم أن يطيعوا الله جل وعز ويتبهوا إلى ما يأمرهم به الله فحيل بينهم وبين ذلك ، لأن ذلك إنما كان في الدنيا ، وقد زالت في ذلك الوقت ) . ومنه أيضا قوله تعالى : ﴿ وحال بينهما الموج فكان من المغرقين ﴾ <sup>(٢)</sup> . وقوله : ﴿ واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه ﴾ <sup>(٣)</sup> ، أى يلقى في قلب المرء ما يحجزه عن مراده ، ويغير عليه نيته <sup>(٤)</sup> . ومن الواضح لذلك أن أصل حال هو حول قلبت الواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها . ومصدره حَوَّلَ الذى يرد بمعنى الحوّل ، وهو كما جاء في لسان العرب كل شيء حال بين اثنين ، يقال هذا حوال بينهما أى حائل كالخاجز والحجاز . وفي هذا المعنى تقول حلت بينه وبين الشر ، وأحول بينهما أشد الحوّل والمحالة . ونقل بعض أهل اللغة أنه يقال خال الشيء بين الشيئين يحول حولا وتحويلا أى حجز ، كما يقال حلت بينه وبين ما يريد حولا وحزولا ، وكل ما حجز بين اثنين فقد نحال بينهما حولا ، واسم ذلك الشيء الحوال <sup>(٥)</sup> . وقد فسر قوله ﷺ : اللهم بك أصول وبك أحول بمعنى أى بك أدفع وأمنع ، من حال بين الشيئين إذا منع أحدهما من الآخر <sup>(٦)</sup> . ولم أجد حيلولة مصدرا للفعل حال في لسان العرب ولا في القاموس المحيط ، وإنما وجدته في المنجد .

(٤) معجم ألفاظ القرآن الكريم ، انتشارات ناصر خسرو .

(٥) لسان العرب ١٨٧/١١ ، دار المعارف .

(٦) السابق : ١٨٩/١١ .

(١) سبأ : ٥٤ .

(٢) هود : ٤٣ .

(٣) الأنفال : ٢٤ .

وقد نص السيوطي على الحيلولة بين أسباب الضمان التي فصلها بقوله :  
 ( أسباب الضمان أربعة ، أحدها : العقد كالمبيع والتمن العين قبل القبض والسلم  
 والإجارة . الثاني : اليد مؤتنة كانت كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة إذا  
 حصل التعدي أولا كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسدا . الثالث : الإلتلاف ،  
 نفسا أو مالا . الرابع : الحيلولة <sup>(١)</sup> . ولا يعنى كونها في مقابلة أسباب  
 الضمان الأخرى ( العقد واليد والإلتلاف ) اختلافها عنها مغايرتها لها ، إذ الحيلولة  
 لا تخلو أن تكون نوعا من التسبب في الإلتلاف أو الحيازة غير المشروعة للمال  
 على نحو يمنع صاحبه من التصرف فيه وممارسة حقوقه فيه . وتعريف الحيلولة  
 في الاصطلاح الفقهي هي منع صاحب الحق من ممارسة حقه على نحو يؤدي إلى  
 الإضرار بهذا الغير في نفسه أو ماله ، وذلك بالتصرف تصرفا غير جائز ، قولا كان  
 أو فعلا .

ويشير الزركشي إلى التفريق بين الحيلولة القولية والفعلية بقوله : ( الحيلولة  
 بين المستحق وحقه ضربان قولية وفعلية ، فالفعلية توجب الضمان قطعا  
 كالغصب . وفي القولية قولان ، أحدهما نعم ، كما لو قال هذه الدار لزيد ،  
 بل لعمرو ، فإنما تحكم بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها في الأصح <sup>(٢)</sup> . ومعناه  
 أنه لو أقر بأن الدار التي في يده لزيد فإنه يستحقها ، ثم لو أقر بها لعمرو بعد ذلك  
 فإنه يغرم لعمرو قيمتها ، لأنه حال بين عمرو وبين أخذ الدار بإقراره بها لزيد .  
 ٣٢٦ - والحيلولة بهذا مفهوم عام ، يشمل عددا من التصرفات القولية  
 والفعلية التي يمكن ردها إلى الصور التالية :

الصورة الأولى : الاستيلاء على حق من حقوق الغير : سواء كان هذا الحق  
 عينيا أو منفعة . وتترادف هذه الصورة للحيلولة مع الغصب ، وحكمها كحكمه  
 في إيجاب الضمان .  
 الصورة الثانية : التسبب في الحيلولة بين المال وبين مالكه ، بحيث

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٣٦٢ .

(٢) المختصر في القواعد : ٨٩/٢ .

لا يمكنه الانتفاع به أو التصرف فيه ، كما لو سلم الوديع أو المستعير أو المرتهن المال لغير مالكه ، فإن هؤلاء يضمنونه للحيلولة وإن لم يترتب عليها تلف المال . ولا يرجع ضمانهم إلى الغصب لخلوه من معنى الاستيلاء الذى يعد سببا فيه أو شرطا له باتفاق المذاهب ، والغاصب فى هذه الأحوال هو آخذ المال من هؤلاء . ويختار المالك بين تضمينهم لتعديهم بالحيلولة وبين تضمين الآخذ منهم لتعديه بالغصب ويجب على الحائل دفع قيمة المال للمالك فى الحال ، ويستردا إذا عاد المال لصاحبه .

ومن التسبب فى الحيلولة بين المال ومالكه أن يتصرف الغاصب فى المغمصوب تصرفا يؤدى إلى هذه الحيلولة ، كبيعته للغير أو الانتقال به إلى مكان آخر بحيث تتطلب إعادة إلى مكانه السابق نفقات لا يرضاها المالك فإن له حيثئذ أن يطالب الغاصب بقيمة المغمصوب للحيلولة التى ترتبت على نقل المغمصوب إلى بلد آخر وعدم تيسر رده فى بلد غصبه . ولا ينقطع حق المالك فى المغمصوب ما بقى قائما وإن دفع الغاصب قيمته ، لأنه لا يدفعها على وجه المعاوضة ، ولذا يحق للمغمصوب منه رد القيمة وأخذ المغمصوب إذا ظهر بعد ذلك وأمكن رده للمالك ، بخلافه للأحناف الذين رأوا استقرار ملك المغمصوب للغاصب إذا دفع قيمته ، لأنه يدفعها على وجه المعاوضة ، حتى لا يجتمع البطل والمبدل فى ملك واحد . وفى المذهب أنه ( إن ذهب المغمصوب من الغاصب وتبذر رده بأن كان عبدا فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغمصوب منه المطالبة بالقيمة ، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البطل ، كما لو تلف )<sup>(١)</sup> .

الصورة الثالثة : التسبب فى الحيلولة بتصرف جائز شرعا ، كما ( إذا ادعى عينا غائبة عن البلد ، وسمع القاضى البينة ، وكتب بها إلى قاضى العين ليسلمها للمدعى بكفيل لتشهد البينة على عينا ، وفى هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل إقامة البينة . قال الفورانى : ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة . وهو قضية كلام الماوردى أيضا )<sup>(٢)</sup> . ومعناه أنه إذا أراد المدعى إحضار العين المتنازع عليها

(١) للمذهب : ٣٦٨/١ ، ومضى المحتاج : ٢٨٣/٢ .

(٢) للشرح فى القواعد : ٩١/٢ .

إلى مجلس القضاء دفع قيمتها للمدعى عليه ، لأنه حال بذلك بين الرجل وماله قبل إقامة البينة . ويختلف ذلك عن الصور السابقة للحيلولة من جهة أن التصرف في هذه الصورة جائز شرعا .

الصورة الرابعة : منع الشخص من رعاية ماله أو حفظه على نحو أدى إلى إتلافه . من ذلك أن يبريد رجل سقى أرضه أو زرعه من مجرى له فجاء آخر ومنعه الماء حتى فسد زرعه أو يمنع الراعى حتى ضاعت المواشى<sup>(١)</sup> . ومثله ( ما لو حبس المتاع عن ربه حتى أخذ له اللص ونحوه )<sup>(٢)</sup> . وللعلماء في ذلك المذاهب التالية :

١ - عدم إيجاب الضمان بهذا النوع من الحيلولة مطلقا ، وهو مذهب بعض الأحناف الذى ينقله ابن الشحنة . وعبارته في ذلك : ( رجل أراد سقى أرضه أو زرع من مجرى له فجاء رجل ومنعه الماء ففسد زرعهم قالوا لا شيء عليه ، كما لو منع الراعى حتى ضاعت المواشى )<sup>(٣)</sup> . وينقل عن العمادى الحكم بعدم الضمان فيما لو حبس رجلا حتى ضاع ماله . ولا يضمن عند بعض الأحناف من يقف إلى جوار دابة ويمنع صاحبها عنها حتى هلكت . بل يرى بعض الأحناف كذلك أن من قتل رجلا معه مال ولم يأخذه حتى تلف أو ضاع أنه لا يكون مسفولا إلا عن القتل ولا يكون مسفولا عن ضياع المال أو تلفه<sup>(٤)</sup> . وهو مذهب بعض الشافعية أيضا ، ففى معنى المحتاج أن من ( ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها أو حمامة فهلك فرعها ضمنها لفقد ما يعيشان به . فإن قيل لو حبس المالك على ماشيته ، ولو ظلما فهلكت لم يضمنها فهلا كان ذلك كذلك ؟ أجب بأن التالف هنا جزء أو كالجزم من المذبوح بخلاف الماشية مع مالكها وبأنه هنا أتلّف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم . ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو الزرع فمنعه ظالم من السقى حتى فسدت لم يضمن كما في زوائد الروضة ، كما لو حبس المالك عن الماشية ، خلافا لما صححه في الأنوار من الضمان )<sup>(٥)</sup> .

(٤) السابق : ٣٠٦ .

(١) لسان الحكام لابن الشحنة : ٤٠٤ .

(٥) معنى المحتاج : ٢٧٨/٢ .

(٢) المحرر : ١٤٠/٦ ، والدموى : ٤٥٢/٣ .

(٣) لسان الحكام : ٤٠٤ .

٢ - إيجاب الضمان مطلقا ، وهو مذهب المالكية والحنابلة وبعض الأحناف ، فقد سئل الشيخ نظام الدين من الأحناف عن رجل خعم ماء أرز حتى هلك الأرز هل يضمن فأجاب بأنه يضمنه بكونه سببا للتلف<sup>(١)</sup> . وقد أخذت المجلة بهذا الرأي ، ففى المادة ٩٢٢ أنه لو ( سد واحد ماء أرض لآخر أو ماء روضته ويست مزروعاته ومغروساته وتلفت أو أفاض الماء بزيادة ففرغت المزروعات وتلفت كان ضمانا ) . ويتحقق بذلك أن يمنع الحيوانات عن صاحبها . ولا فرق في الواقع العمل بين أن يكون ذلك بفعل في المال أو في ماله ، لانتساب التلف عرفا إلى هذا الفعل دون غيره فوجب الضمان به . وهو مذهب المالكية ، فعندهم أن من حبس المتاع عن ربه حتى أخذه لص كان هذا الذى حبسه ضمانا له ، سواء تمكن صاحبه من الأخذ من اللص أو لم يتمكن ، ويرجع التسبب على المباشر<sup>(٢)</sup> . والأصح في مذهب الحنابلة تضمين الحائل التسبب في الإلتلاف ، فعندهم أن حبس الإنسان الحر مدة تفوت فيها منافعه مما يوجب الضمان للحيلولة . ويبدو أن عددا من فقهاء الشافعية يصححون إيجاب الضمان بالحيلولة مطلقا ، سواء كانت قولية أو فعلية . وهو ما يصححه الزركشى . ويوجب الشافعية الضمان ( على الشاهدين إذا رجعا بعد الحكم بالطلاق ، لأنه لا يمكن تداركه بالتصادق والاتفاق ، وكل من حال بين رجل وبضعه غرم مهر المثل كالرضاع والشهود الراجعين .. واعلم أن الإمام الشافعى نص على أن من أفسد على الزوج النكاح بالرضاع يلزمه نصف مهر مثلها ، ونص في شهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم غرم جميع المهر ، فقيل قولان ، بناء أو تخريجا<sup>(٣)</sup> . وجاء في لسان الحكم كذلك أنه إذا كان لرجل نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع ، فجاء رجل وسقى أرضه في نوبته فإن غاصب الماء يكون ضمانا فيما ذهب إليه الشيخ على البيزوى من علماء الأحناف<sup>(٤)</sup> .

٣ - إيجاب الضمان مقيد بأن تكون الحيلولة بفعل في المال لا في

(١) لسان الحكم : ٣٠٦ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤٥٢/٣ ، والمخرشي : ١٤٠/٦ .

(٣) المتشور في القواعد : ٩٠/٢ .

(٤) لسان الحكم : ٤٠٤ .

صاحبه ، فقد نقل ابن الشحنة عن العمادى أن من حبس رجلا حتى ضاع ماله لا يضمن ، بخلاف ما إذا حبس المال من المالك وضاع فإنه يضمن<sup>(١)</sup> . وإنما يشترط الأحناف هذا الشرط بناء على اشتراطهم فى الاستيلاء الموجب للغصب أن يكون بفعل فى المال لا فى ملكه ، فضلا عن عدم وضوح التفرقة بين الغصب والحيلولة فى إيجاب الضمان لديهم . ويقيد بعض الأحناف إيجاب الضمان فى الحيلولة بين المالك والمال بأن يكون هذا المال من المنقولات ، ففى جامع الفصولين أنه ( إذا حال بينه وبين أملاكه حتى تلفت لم يضمن . ولو فعل ذلك فى المنقول ضمن )<sup>(٢)</sup> . ومرد هذا التفريق فى الحيلولة إلى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فى جريان الغصب فى المنقول دون العقار ، خلافا لمحمد بن الحسن الذى أجرى الغصب فى العقار والمنقول على السواء . وهو يدل على أن الذين أوجبوا الضمان مطلقا بالحيلولة من الأحناف قد رجحوا مذهب محمد .

ويرجع لى الحكم بإيجاب الضمان مطلقا بالحيلولة ، شريطة أدائها إلى التلف ونسبة الضرر إلى حدوثها فى المجرى العادى للأمر ، بناء على المبدأ القطعى القاضى بمسؤولية كل امرئ عما كسب ، وبناء على افتراق الحيلولة من الغصب فى إيجاب الضمان فى هذه الصورة . وإذا لم يكن هناك خلاف بين الفقهاء فى إيجاب الضمان بالحيلولة فى النصور الثلاث المتقدمة فيتحصل أن الحيلولة سبب للضمان .

(١) لسان الحكم : ٤١٤ .

(٢) جامع الفصولين : ١١٧/٢ .

## الفرع الرابع : الدعوى الكيدية والسعاية

٢٩٤ - على الرغم من الإجماع على إنشاء الدعوى الكيدية للمسؤولية الجنائية وفرض العقوبة التعزيرية على صاحب هذه الدعوى فقد تناول الفقهاء كذلك ما تسببه هذه الدعوى من مسئولية مدنية أو حق التعويض للمتضرر بها . ولا يخفى أن الدعوى الكيدية Malicious Prosecution نوع من الغرور الموجب للضمان كذلك ، وإنما أفردوا الفقهاء بالبحث لأهميتها في الواقع العملي وتكرر وقوعها ، نظرا للجوء البعض إلى اتهام خصومهم في ساحات القضاء بما يؤذيهم ويضرهم في سمعتهم وأموالهم ، فمست الحاجة إلى الضرب على أيدي هؤلاء بالعقوبات التعزيرية وبتمويض المتهمين عما لحقهم من غرامات وغسائر<sup>(١)</sup> .

والسعاية : هي رفع الدعوى الكاذبة إلى صاحب سلطة رسمية بما يشمل جماعة الشرطة والمهينة القضائية والسلطان وأعوانه على نحو يؤدي إلى الإضرار بالثتم . وإنما تحقق السعاية الموجبة للضمان لذلك باستجماع الشروط التالية :

- ١ - توجيه أحد دعوى على غيره لجهة تملك المساءلة والعقوبة .
- ٢ - ظهور كذب هذه الدعوى بحكم قضائي سابق أو يبحث القاضي الناظر في قضية الضمان .
- ٣ - كون الساعي لا حق له فيما ادعاه ( من كل وجه )<sup>(٢)</sup> .
- ٤ - نية التعدي في الادعاء ، أو عدم تحوط المدعى وتبصره في المعلومات التي استند إليها في ادعائه .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٦٣ .

(٢) الفتاوى النيابية : ١١٦ .

وتختلف السعاية الموجبة للضمان بذلك عن مجرد الشكوى لغير أصحاب النفوذ من الزملاء أو الجيران ، كما تختلف عن التهمة أو الغيبة ، من جهة اشتراط كون السعاية بالتوجه إلى سلطة من السلطات الرسمية . أما إيجاب الضمان بالسعاية فيشترط له تعدى الساعى من كل وجه ، بنية التعدى أو بإهماله وتسريعه فيما استند إليه من معلومات لتحريك الدعوى وقد اختلف فقهاء الأحناف في بادية الأمر في إيجاب الضمان بالسعاية ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم إيجابها للضمان ، تغلبا للمباشرة على التسبب واكتفاء بالعقوبة التمييزية لردع أمثال هؤلاء الذين يقدمون على اتهام غيرهم بالباطل . أما محمد وزفر فقد أوجبا الضمان بالسعاية ، وهو الذى رجحه متأخرو الأحناف ( لغلبة السعاية فى زماننا ) بالتعبير الذى تناقله معظم المؤلفين الذين تناولوا أحكام السعاية . ويوضح هذا الذى أجملته النصوص الفقهية التالية :

- ( لو سعى إلى سلطان ظالم حتى غرم رجلا ، فلو بحق ، نحو أن كان يؤذيه وعجز عن دفعه إلا بسعيه أو فاسقا لا يمتنع بالأمر بالمعروف ، ففى مثله لا يضمن . والسعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لا يكون قصده إقامة الحسنة )<sup>(١)</sup> .

- تفسير السعاية ، قال شمس الإسلام : ( لو قال عند ظالم فلان وجد مالا أو أصاب ميراثا أو قال عنده مال فلان الغائب ، أو أنه يريد الفجور بأهلى ، فإن كان السلطان ممن يأخذ المال بهذه الأسباب كان ذلك سعيًا موجبا للضمان إذا كان كاذبا فيما قال : وإن قال إنه ضربنى أو ظلمنى وهو كاذب فى ذلك كان ضامنا )<sup>(٢)</sup> .

هــ ( لو وقع فى قلبه أنه يحبى إلى امرأته أو أمته فرفع إلى السلطان فغرمه ، وظهر كذبه لم يضمن الساعى عند الشيخين ، وضمن عند محمد . وبه يفتى لغلبة السعاية فى زماننا )<sup>(٣)</sup> . وإنما ضمن على المفتى به رغم عدم تعمده الكذب على من اتهمه ، ووقوع التهمة فى قلبه لتسريعه .

(١) جمع الضمانات : ١٥٤ .

(٢) السابق : ١٥٥ .

(٣) السابق .

ويشبه ذلك قضية Dr. Abrath v. North Western Ry Co. حيث أصيب شخص يدعى Mc Mann في حادث اصطدام قطارين من القطارات التي تديرها الشركة . وقد رفع هذا المصاب الأمر إلى القضاء مطالبا بالتعويض عما حدث له ، فاضطرت الشركة إلى التصالح معه نظير تعويض مالى كبير ، بناء على نصيحة الطبيب المعالج الدكتور ( أبراث Abrath ) . غير أن الشركة قد قام لديها وجود نوع من التواطؤ بين هذا الطبيب وبين المصاب في تقدير مصابه ، بناء على ما أظهره التحقيق الذى قامت به إدارتها فأقامت دعوى ضد هذا الطبيب الذى أثبت براءته من هذا الادعاء . ولما حكمت المحكمة ببرأته من هذه التهمة رفع على الشركة دعوى بالتعويض عما لحقه من أضرار . وقد حكمت له المحكمة بتعويض مناسب ، بناء على أن الشركة قد تسرعت في رفع الدعوى وأنه لم يكن هناك مرور كاف للاعتقاد بالتواطؤ بين المصاب والطبيب .

- ذكر البردوى أنه : ( لو سعى إلى السلطان فغرمه ، روى عن بعض علمائنا أنهم أفتوا بضممان الساعى ، وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان بأنه إذا كان معروفا بتفريم من سعى إليه ضمن وإلا فلا . قال ونحن لا نفتى به فإنه خلاف أصول أصحابنا ، إذ السعى سبب ( غير ) محض للإهلاك ، إذ السلطان يفرمه اختيارا لا طمعا ، ولكن نكل الرأى إلى القاضى ، إذ الموضع مجتهد فيه <sup>(١)</sup> .

- ( وفى فتاوى القاضى ظهر الدين فى الوصايا : ادعى عليه سرقة وقدمه إلى السلطان يطلب منه ضربه حتى يمر فضربه مرة أو مرتين وحبسه فخاف من التعذيب والضرب فصعد السطح لينفلت فسقط عن السطح فمات وقد غرمه فى هذا الأمر فظهرت السرقة على يد غيره فللورثة أخذ مدعى السرقة بدية مورثهم وبغرامة أداها إلى السلطان . من الفصولين <sup>(٢)</sup> .

- وفى حاشية المدوى أنه إذا ( اعتدى على رجل وقدمه للسلطان والمتدنى يعلم أنه إذا قدمه إليه تجاوز فى ظلمه فأغرمه ما لا يجب عليه فاختلف فى تضمينه ، فقال كثير : عليه الأدب ، وقد أثم ، ولا غرم عليه . وكان بعض

(١) السابق .

(٢) السابق ، وجامع الفصولين لابن مملوك : ١٠٩/٢ ، ومعين الحكام للطرابلسي : ١٥٦ ، ولسان الحكام لابن الشحنة : ٣١٣ .

شيوننا يفتى: إن كان الشاكى ظلماً في شكواه غريم ، وإن كان مظلوماً ولم يقدر أن ينتصف منه إلا بالسلطان فشكاه فأغرمه وعدا عليه لم يفرم ، لأن الناس إنما يلجأون في الظلمة إلى السلطان ، وعلى السلطان متى قير عليه رد ما أخذه ظلماً من المشكوى . وكذا ما أغرمته الرسل<sup>(١)</sup> . وهو مثل ما أغرمه السلطان يفرق فيه بين من ظلمه الشاكى وغيره<sup>(٢)</sup> . ويدل ذلك على تردد المالكية في التضمن بالسعاية وترجيحهم لإيجاب الضمان بها ، شريطة تعدى الشاكى .

— وفي كشف القناع : إذا ظهر كذب المدعى في دعواه بما يؤدى به المدعى عليه عزز لكذبه وأذاه للمدعى عليه .. ويلزمه ما غرمه بسببه ظلماً لتسببه في غرمه بغير حق<sup>(٣)</sup> . ويفرق في المذهب الحنبل بين ( الاستعداد ) أو الخصومة القضائية الظالمة وبين ما لم يكن ظلماً ، فيضمن المستعدى شريطة ظلمه ، ( وقيد الاستعداد في المحرر والمبدع بما إذا كان إلى جماعة الشرطة )<sup>(٤)</sup> لإيجاب الضمان به .

ومن هذا يتضح أن المضمون بالسعاية هو الضرر الذى ينسب إليها ، سواء تعلق هذا الضرر بالأموال أو الأبدان والنفوس ، كما يتضح أن السعاية أعم من الشكاية والاستعداد في خصومة قضائية وإن كانت الشكاية الظالمة أهم تطبيقاتها الحديثة ، وهى بهذا أعم مما يصطلح عليه في القانون العرفى الانجليزى Malicious Prosecution الذى يختص بالشكوى القضائية الظالمة أو التى لا تستند إلى أساس معقول يبررها .

(١) الرسل نواب السلطان وموظفوه .

(٢) العدوى على هامش شرح المحرر : ١٤٣/٦ ، وانظر حاشية الدسوقي : ٤٥٥/٣ .

(٣) كشف القناع : ١٢٨/٦ .

(٤) كشف القناع : ١٧/٦ .

## الفرع الخامس : شهادة الزور

يضمن الشهود إذا خالفوا ما أوجبه الشارع عليهم من أداء الشهادة على وجهها ما ترتب على شهادتهم من ضرر لتعديهم وهي توجب المسؤولية الجنائية لذلك والعقوبة بالتشهير والتعزير فيما روى عن كثير من فقهاء الصحابة والتابعين<sup>(١)</sup>. ويلتحق بشهادة الزور في إيجاب الضمان شهادة المجازف أو غير المثبت إذا بان كذبه بعد قضاء القاضي بموجبها . من ذلك ما رواه الشعبي ( أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بعد ذلك بآخر فقالا : وهنا ، إنما السارق هذا . فقال علي رضي الله عنه لا أصدقكما على هذا الآخر ، وأضمنكما دية يد الأول ، ولو أتى أعلمكما فعلى ذلك عمدا قطعت أيديكما ) . ويستدل السرخسي بهذا الأثر على صحة الرجوع عن الشهادة في حق الشهود وضمانهما ما استحق بشهادتهما<sup>(٢)</sup> . وإنما يضمن الشاهد الزور والراجع عن الشهادة بعد القضاء بها لأنه تسبب ( في إتلاف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق .. والإتلاف وإن كان يحصل بقضاء القاضي ، فسبب القضاء شهادة الشهود ، وإنما يحال بالحكم على أصل السبب ، وهذا لأن القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم .. ولا يمكن إيجاب الضمان على القاضي لأنه غير متعد في القضاء ، بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لإيجاب الضمان عليهم . وعن إبراهيم رحمه الله : قال : إذا شهد شاهدان على قطع يد فقضى القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية .. لأنهما سببا قطع اليد بطريق هو تعد منهما ، وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الإضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة . والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر

(١) التلخيص للسرخسي : ١٤٥/١٦ ، ١٧٧ .

(٢) السابق : ١٧٨/١٦ .

ووضع الحجر في الطريق .. وإذا كانا ضامنين للذبة إذا رجعا كان أحدهما ضامنا لنصف الدية إذا رجع ، لأن شهادة كل واحد منهما تقوم بنصف الحجة ، فبقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه ، وذلك النصف . وكذلك لو شهدا بمال فقضى القاضى به ثم رجع أحدهما فعليه نصف المال<sup>(١)</sup> .

وإنما يشترط لإيجاب الضمان بالكذب في الشهادة الأمور التالية :

١ - التقدم بوجه الشهادة إلى جهة قضائية . أما مجرد تركية الشهود كذبا أو مجازفة دون تثبت فلا يجب به ضمان ( لأن الحكم تعلق بشهادة الشهود ولا تعلق له بالمركبين ، لأن المركبين أخبروا بظاهر حال الشهود وأما باطنه فعلمه إلى الله تعالى )<sup>(٢)</sup> . وعلى الرغم من أن التركية نوع شهادة فإن الرجوع فيها قد يكون مبررا من الناحية الخلقية ، كما أنها تعد سببا بعيدا Remote Cause للإتلاف لتدخل الشهادة وقضاء القاضى بين التركية والإتلاف ، ويترجع لهذا عدم وجوب الضمان بالرجوع في تركية الشهود .

٢ - ظهور كذبهما فيما ترتب عليه الحكم ، كأن يشهدا بمديونية المدعى عليه على نحو أدى إلى حكم القاضى للمدعى بالدين . أما إذا لم يكن لكذبهما أثر في تغيير الحكم فلا يجب عليهما الضمان . من ذلك أنهما لو شهدا بأن امرأة معينة كانت زوجة لرجل أثناء وفاته ، وأنه مات وهي زوجته ، فقضى لها القاضى بالميراث منه ، ثم ظهر أن الرجل طلقها قبل وفاته وأنها كانت تعدد منه ، أو أنه طلقها بائنا فرارا من توريطها ولم تنته عدتها منه في تاريخ وفاته . ولا يجب عليهما ضمان ما استحقته المرأة من الميراث ، لأنه لا تغيير في الحكم بتوريطها<sup>(٣)</sup> .

٣ - ثبوت الرجوع أو التزوير بحكم القاضى ، حتى لو رجع عند غير القاضى لا يصح . ولو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يخلقان . وكذا لا تقبل بينته على الرجوع لأنه ادعى رجوعا باطلا<sup>(٤)</sup> عند بعض العلماء .

(١) السابق : ١٦/١٨٠ ، وانظر كذلك حاشية الدرر : ٢١٧/٤ .

(٢) كشف النقاب : ٤٤٢/٦ .

(٣) السابق .

(٤) لسان الحكم : ٢٤٩ .

والواجب أن يمكن من إثبات تناقض الشاهدين ورجوعهما في غير مجلس القاضى برفع الأمر إليه وسوق الحجج أمامه ، فإن ثبت للقاضى ذلك حكم به والإفلا . والعبرة بقضاء القاضى فى الحكم بالرجوع ، حتى لو كان قاضيا آخر غير الذى شهد أمامه ، ففى لسان الحكام : ( لو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه . لكن إذا قضى القاضى عليه .. وإذا أقر الشاهدان عند القاضى أنهما رجعا فى غير مجلس القاضى يصح ويجعل الإقرار بمنزلة الإنشاء )<sup>(١)</sup> .

٤ - حدوث الرجوع أو معرفة التزوير فى الشهادة بعد القضاء بها ، بخلاف رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم بها فإنه يلغىها ، فلا يحكم بها ولا يضمن شيئا . أما رجوع شهود المال أو العتق بعد الحكم فلا يوجب نقض هذا الحكم ، ( ولو قالوا أخطأنا فيها ، ويضمنون بذلك المال الذى شهدوا به بقيمة العبد الذى شهدوا بعتقه ، سواء نفذ الحكم فقبض المحكوم به أو لا ، وسواء كان قائما أو تالفا . لكن لو صدقهم المشهود له فى رجوعهم زال الضمان عنهم ويلزم المحكوم له رد ما قبضه إن كان قائما أو بدله إن كان تالفا . أما إذا لم يكن قبض شيئا بطل حقه من المشهود به )<sup>(٢)</sup> . ويفرق الأحناف والمالكية والشافعية بين رجوع الشهود قبل الحكم بها وبعده ، وإنما يجب الضمان بالرجوع بعد الحكم بها ، لأنه هو الذى يتحقق به الضرر<sup>(٣)</sup> .

٥ - تقوم الضرر الناشئ عن كذب الشهود باعتباره من الأضرار المضمونة شرعا . وفى ذلك يقيد الأحناف الضرر المضمون بالرجوع فى الأضرار المالية والبدنية خلافا للشافعية الذين يتوسعون فيه فيلحقون به غيره مما لا يعد من هذين النوعين على وجه الخصوص . ويتضح ذلك بالإشارة إلى اختلاف فقهاء المذاهب فيما إذا شهد اثنان على رجل بطلاق زوجته أو باختلاعها منه أو بأنها زوجه غيره فقضى القاضى بشهادتهما ثم ظهر كذبهما فلا ضمان عليهما عند الأحناف لأن الضرر الناشئ عن هذا الكذب ضرر معنوى لا يتقوم بمال .

(١) السابق .

(٢) مادة ٢٢٣١ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٣) مبسوط : ١٧٨/١٦ ، واللادة ١٧٢٩ من التعليق ، وحاشية الجبل : ٤٠٥/٥ وما بعدها ، وكشاف القناع : ٤٤٢/٦ .

وهو إنهاء العلاقة الزوجية ، فلا يكون مضمونا<sup>(١)</sup> . أما الشافعية فيرون أن الإضرار بإنهاء العلاقة الزوجية مما يمكن تقويمه بالمال ، وذلك بالرجوع إلى مهر المثل ، فيجب ضمانه . وليس هذا الضمان في مقابلة المهر الذى دفعه الزوج بالفعل حتى يكون الضمان الواجب عند الشافعية في مقابلة المال التالف عليه وإنما هو في مقابلة تفويت حقه في هذه العلاقة ، مما يقربه هذا الضرر من قسم الأضرار الأدبية أو المعنوية . جاء في شرح المنهج : ( لو شهدوا ببيئونة كطلاق بائن ورضاع محرم ولعان وفسخ بعيب .. بين الزوجين فرجعوا عن شهادتهم لزمهم مهر مثل ولو قبل وطه أو بعد إبراء الزوجة زوجها عن المهر ، نظرا إلى بدل .. المفوت بالشهادة ، إذ النظر في الإنلاف إلى التللف لا إلى ما قام به على المستحق ، سواء دفع الزوج إليها المهر أم لا ، بخلاف نظيره في الدين لا يغرمون قبل دفعه لأن الحلولة هنا قد تحققت )<sup>(٢)</sup> . والحنابلة في هذا أقرب إلى الأحناف<sup>(٣)</sup> .

٦ - نسبة الضرر إلى كذب الشهود . أما إذا انقطعت هذه النسبة فلا يجب الضمان . ولذا لو شهدوا بطلاق زوجته طلاقا رجعيا أثناء قيام عدتها منه فاختار تركها حتى تبين منه لم يجب عليهم ضمان عند القائلين بوجوبه في هذا النوع من الضرر ، وذلك لاتقاء نسبة الضرر إلى كذبهم ونسبته إلى اختياره هو . وكذلك لو شهدا بمال على شخص لآخر فرجعا عن شهادتهم وأقر هو بالمال فإنه لا يرجع عليهم . ومن جنسه ما لو ( شهدا على رجل أنه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذى على فلان ، وفلان مقر بالدين ، فقضى القاضى به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فأنكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما ، لأنهما لم يتلفا المال بشهادتهما .. والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك ، لأن المال بقضاء القاضى حصل في يده أمانة للموكل ، وقد تعدى بالاستهلاك<sup>(٤)</sup> ) ولو شهدا على مضارب بأن حصته من الربح هى الربح فقضى بها القاضى فظهر

(١) المبسوط : ١٨٦/١٦ .

(٢) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى يلمش حاشية الجبل : ٤٠٦/٥ .

(٣) المادة ٢٢٣٢ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٤) وط : ١٩٢/١٦ .

أنها تزيد عن ذلك إلى النصف ضمنا له فرق ما بينهما في الربح السابق على الحكم بالشهادة لا في الربح المستفاد بعد الحكم بشهادتهما ، لأنه كان له الحق في فسخ المضاربة ، فاستمراره فيها بعد الحكم بربع الربح بهذه الشهادة دليل على رضاه بهذه الحصة فلا يرجع عليهما<sup>(١)</sup> . ولا تنفي نسبة الضرر إلى خطأ الشهود بخطأ القاضي - تعديه ، فلو عرف كذبتهم في شهادتهم وقضى بها اشترك معهم في المسؤولية<sup>(٢)</sup> .

٣٢٩ - ولا فرق في خطأ الشهود الذي يجب به الضمان بين إظهار الشهود أنفسهم لهذا الخطأ بنحو إقرار بكذب أو غلط أو نسيان وبين اكتشاف القاضي ذلك لوقوعهم في التناقض . ويطلق الرجوع عن الشهادة على كل ذلك ، ففي المادة ٢٢٢٩ من مجلة الأحكام الشرعية أن ( الرجوع عن الشهادة أن يقول رجعت عن شهادتي أو أخطأت فيها أو شهدت زورا ونحو ذلك . وفي حكم الرجوع أن يشهد بعد الحكم بشهادته بما ينافيها ) . وينبغي إلحاق إنكار الشهادة بالرجوع عنها في إيجاب الضمان ، ما لم يكن هذا الإنكار بعذر كقادم زمان ، خلافا لما حكاه بعضهم من أن الإنكار للشهادة لا يعد رجوعا عنها<sup>(٣)</sup> . ولا فرق بين الرجوع عن الشهادة كلها أو بعضها ، كما لو شهد بدار وبناثها وما فيها من أمتعة فقضى بها ثم رجع عن الشهادة بالبناء أو الأمتعة والأثاث فإنه يضمن بذلك لإبطاله الشهادة كلها<sup>(٤)</sup> .

٣٣٠ - ولا فرق في الضرر المضمون بالرجوع عن الشهادة بين أن يكون حقا من الحقوق غير المالية ، كالنكاح الذي سلفت الإشارة إلى خلاف الفقهاء فيه ، وبين أن يكون حقا من الحقوق المالية ، سواء تعلق بالأعيان أو الديون . فلو شهدا بعين لرجل ثم رجعا ضمنا هذه العين . وكذلك لو كان ( لرجل على رجل دين فشهد شاهدان أنه وحيه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو

(١) السابق : ١٩٤/١٦ .

(٢) كشاف القناع : ١١٠/٥ .

(٣) شرح المجلة لسليم رسم بال : ص ١٠٧٣ .

(٤) السابق : .

حلله أو أوفاه ثم رجعا ضمنا المال ، لأنهما أتلغا عليه المال بشهادتهما . فإن قيل قد أتلغا عليه الدين فكيف يضمنان له العين ؟ قلنا قد أتلغا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا في ذمتها يتعين بالقبض منهما <sup>(١)</sup> .

ويدخل في الضرر المضمون كذلك كذب الشهادة بتأجيل الدين ، فلو شهدا بأنه كان وافق على تأجيل الدين عاما فقضى للمدين بالتأجيل ورجعا عن شهادتهما ضمناه للدائن حالا ، لإتلافهما حق القبض الحال له ويرجعان على المدين بما ضمناه في الأجل المحكوم له به <sup>(٢)</sup> .

---

(١) المبسوط : ١٩٢/١٦ .

(٢) السابق .

## الفرع السادس : الدلالة

٣٣١ - تعنى الدلالة فى سياق الضمان تيسير الاستيلاء على مال الغير بالإرشاد عنه والتعريف به أو الإغراء عليه لأخذه أو إتلافه . والدلالة أو الإغراء بهذا من التسبب الذى لا يودى إلى الإلتلاف بذاته ، بل بواسطة فعل آخر ، هو فعل المباشر الذى يرجع إليه الضرر . وقد كان القياس أن يجب الضمان على فعل المباشر لقوته على فعل الدال فى إحداث الضرر ، ولأن المباشر إنما يتحرك باختياره وقصدته ، ولا يترتب عمله على إغراء الغير له بهذا العمل أو تيسيره له . وهو مذهب عدد من الفقهاء فيرجبون الضمان على الآخذ لا على المغرى بهذا التوجيه . ويستثنى جمهور المتأخرين صورتين يجب فيهما الضمان على الدال ، وهما :

الأولى : أن يغلب أداء الدلالة إلى إتلاف المال أو أخذه . من ذلك أن يكون المغرى أو المدلول ظالماً معروفاً بقهره للناس على أموالهم . وإنما يشرع الفقهاء فى توضيحهم لهذه الصورة إلى كل من السلاطين الظلمة واللصوص وقطاع الطرق ومن فى حكمهم ، ممن كانت عادتهم أخذ ما يستحسنونه لأنفسهم من أموال الناس ، وقهرهم عليها . ففى مجمع الضمانات أنه ( لو قال عند السلطان إن لفلان فرساً جيداً أو أمة جيدة والسلطان يأخذ فأخذ ضمن .. وسواء أخبر الساعى عند السلطان أو عند غيره لو كان ذلك الغير يقدر على أخذ المال منه ويُعجز عن دفعه )<sup>(١)</sup> ومن جنسه ما لو أخبر أحد هؤلاء السلاطين الظلمة ( ببيع أو شراء ستنى أخذوا الدامغان أو الجباية منه ضمن ، والمظلوم أن يرجع عليه )<sup>(٢)</sup> إذا كان من عادتهم أخذ مثل هذه الرسوم الظالمة على صفقات البيع والشراء . وكذلك لو أخبر أحد ( الظلمة أن لفلان حنطة فى مطبوعة فأخذوها منه فله أن يرجع بها على

(١) مجمع الضمانات : ١٥٤ .

(٢) السابق : ١٥٦ .

الخبر . وكذا إذا علمها الظالم لكن أمره الساعى بالأخذ يضمن<sup>(١)</sup> . وإنما يشترط للضمان في هذه الأحوال : ١ - اعتياد الظالم على الظلم وميله إليه . ٢ - قدرته على الأخذ . ٣ - عجز صاحب المال عن دفعه . فإن انتفى أى من ذلك لم يكن الفعل من الدلالة الموجبة للضمان . أما دلالة اللص والإدلاء لموظف رسمى ببيانات كاذبة تؤدي إلى تغريم المخبر عنه فترقى إلى أن تكون من الدلالة الموجبة للضمان . ومنه أن يدل الأعداء على مصادر الثروة في الوطن أو أن يغريهم بها فإنه يضمن ما نبهوه منها بدلالته وإغرائه . وقد نص الإباضية في ذلك على تضمين الجاسوس ما يتلفه العدو<sup>(٢)</sup> .

وإنما أصبحت الدلالة في هذه الصورة موجبا للضمان بحكم أنها صارت في هذه الظروف سببا مألوفاً لأخذ المال . وقد رجح المتأخرون من فقهاء الأحناف مذهب محمد وزفر في إيجاب الضمان بالدلالة زجرا عن مثل هذا العمل ودفعاً لما فيه من فساد<sup>(٣)</sup> .

الصورة الثانية : أن تنطوى الدلالة على مخالفة ما ألزم به الدال نفسه من واجب الحفظ باتفاق على هذا الواجب . من ذلك أن يستودعه أحد مالا فيدل عليه من يأخذه . ولا يشترط في المدلول أن يكون معروفاً بأخذ المال ، فلو دل خادمه على ودعة الذهب الذى عنده فأخذه الخادم وهرب به ، ولم يكن من عادة الناس أن يطلعوا خدامهم على مثل هذه الودعة ضمن الدال ، لمخالفته ما وجب عليه من الحفظ . أما لو عرف بها ابنه وأخبر الخادم عن مكانها فإن المخبر لا يضمن لأنه لم يخالف ، حيث لم يدخل في اتفاق مع صاحب المال يقضى بحفظه . جاء في مجمع الضمانات أن ( وارث المودع إذا دل السلطان على الودعة لا يضمن : و المودع إذا دل يضمن )<sup>(٤)</sup> . ويتفق عنه الضمان إذا عاد إلى الوفاق بعد المخالفة بالدلالة بأن حاول منعها من الراغب في أخذها ، وذلك بإخفائها أو

(١) مجمع الضمانات : ١٥٦ .

(٢) أطليش : ١٧٤/٨ .

(٣) الفتاوى النجاشية : ١١٦ .

(٤) مجمع الضمانات : ٧٤ .

المروء بها ، أو ما إلى ذلك ونقل عن بعض الفقهاء أن ( المودع إذا دل إنساناً على الوديعة إنما يضمن إذا لم يمنع المدلول عليها من الأخذ حالة الأخذ . أما إذا منعه لا يضمن )<sup>(١)</sup> . والعبرة بتحقيق معنى التعدي ورجوعه عنه بتدبيره ، فإن ثبت استمرار تعديه على نحو أدى إلى وقوع الضرر كان ضامناً وإلا فلا .

وإيجاب الضمان الدلالة في هذه الصورة لخالفه الدال ما أوجبه على نفسه بالعقد .

وإنما تختلف الدلالة عن السعاية من جهة أن الدلالة تستند إلى حقائق متطابقة مع الواقع بخلاف السعاية التي تقوم على الإضرار بالغير عن طريق إلقاء بيانات كاذبة تؤدي إلى تدخل سلطات الدولة تدخلاً يضر بحقوق هذا الغير . ومن جهة أخرى فإن السعاية تستند في إيقاع الضرر إلى السلطات الرسمية للدولة على حين تستند الدلالة إلى قوة الخارجين على هذه السلطة مهما كانت وظائفهم .

---

(١) السابق .

## الفرع السابع : الأمر

٣٣٢ - الأمر هو طلب الفعل على وجه الاستعلاء<sup>(١)</sup> ، وإنما يكون من الأعلى للأدنى كالرئيس للمرؤوس والسيد للخادم والأستاذ لتلميذ الصنعة . ويختلف الأمر عن الإذن الذي يكون بين متساوين ، وذلك كما لو وافق أحد الآخر على الانتفاع بملكه . ويستند أساس الاستعلاء الذي يتضمنه الأمر إلى :  
٢ - صلوره من سلطة عامة أو خاصة أوجب الشرع اتباعها وطاعتها ، كالرئيس والمرؤوس والقائد والجند والأب وابنه . ٢ - أو التزام المأمور نفسه بالعمل وفق ما يطلبه الأمر ، كالسيد والخادم والمدير والعمال .

والقاعدة الفقهية أنه إذا أمر عليٌّ زيداً بإتلاف مال بكر أن يقع الضمان على الفاعل لا الأمر ، بحكم كون الفاعل مباشراً والأمر متسبباً ، ويتسبب الضرر إلى فعل المباشر إذا اجتمع فعله وفعل المتسبب . وعبرة ابن رجب في ذلك في القاعدة السابعة العشرين بعد المائة : ( إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه ، سواء كانت ملجئة ( أم لا ) . ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان )<sup>(٢)</sup> . وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٨٩ على هذا الأصل ، حيث جاء فيها ( يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً ) . ومقتضاه أنه لو أتلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الأمر ، إلا إذا استند فعل المأمور إلى إرادة الأمر فإن الضمان يجب على الأمر .

(١) التوضيح : ٢٧٧/١ ، وحاشية البناي : ٣٦٦/١ ، والمصطفى : ٤١١/١ ، والإحكام للآمدي :

٣٦٢/٢ ، ولرشاد الفحول : ص ٩١ .

(٢) القواعد : ص ٣٠٧ .

ومع ذلك فقد نص الفقهاء على وجوب الضمان على الأمر في الأحوال التالية :

١ - إذا كان الأمر عاقلاً بالغاً وكان المأمور صبياً ، فيجب الضمان على الصبي أولاً ثم يرجع بعد ذلك على أمره . وقد ورد في مجمع الضمانات أن البالغ إذا ( أمر صبياً بتخريق ثوب إنسان أو بقتل دابته فضمن ذلك في مال الصبي ثم يرجع به على الأمر ، وكذا لو أمر بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي الدية ثم ترجع على عاقلة الأمر ، علم الصبي بفساد الأمر أو لم يعلم )<sup>(١)</sup> . لكن لو أمر صبي صبياً بإتلاف مال الغير أو البالغ بالغاً لا يضمن الأمر والضمان على الفاعل .

٢ - إذا كان الأمر ذا سلطة على المأمور بحيث يتضرر المأمور بالخالفه . ويرى الأمر في هذه الصورة إلى أن يكون نوع إكراه ، وذلك عند من يشترط لإيجاب الضمان على الأمر أن ينفذ المأمور الأمر خوفاً من سلطته . وقد اتجه بعض الفقهاء إلى أن ( مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمثل أمره )<sup>(٢)</sup> ، فلا يجب الضمان على الأمر إلا بإجاعة المأمور بسلطته . لكن ذهب عدد آخر منهم إلى عدم اشتراط خشية المأمور الضرر على نفسه أو ماله ، وقد اعتبر هؤلاء ( مجرد أمره إكراهاً ، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمثل )<sup>(٣)</sup> . وإنما لم يجب الضمان على المأمور ووجب على الأمر ، لا لاستناد الأمر إلى نوع إكراه يؤثر على إرادة المأمور ، وإنما لاستناده إلى ما أوجبه الشارع من طاعة هذا الأمر ، ولأن المرؤوس غير متعده بحكم ذلك فيما فعله تنفيذاً لأمر رئيسه ، فوجب إسناد النتيجة ، وهي الضرر ، إلى فعل الأمر . وكأن الأمر قد غر المأمور ولبس عليه في هذا التوجيه فوجب الضمان على الفاعل .

(١) مجمع الضمانات : ١٥٧ .

(٢) السابق : ١٥٨ ، وجامع الفصولين : ١٠٨/٢ .

(٣) مجمع الضمانات : ١٥٨ .

(٤) المادة ٢٦٣ من القانون المدني الأردني ، والمادة ٢١٥ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٢٣٧ من القانون المدني الكويتي ، والمادة ١٧٥ من المشروع المقترح للقانون المدني المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

وهذا هو ما استندت إليه المادة ١٦٧ من القانون المدني المصري وما يقابلها من القوانين المدنية<sup>(١)</sup> العربية . في نص هذه المادة على أنه ( لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه ، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة ) . وعلى المرؤوس لدفع الضمان عن نفسه أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الضار بالغير إلا تنفيذاً لما صدر إليه من أوامر ، وأنه لم يخرج عن حدود هذه الأوامر أثناء التنفيذ ، وأنه كان حسن النية لم يقصد الإضرار ، أو الضرر وكان يعتقد مشروعية الفعل الذي قام به .

ويفيد ذلك أن في الفقه الإسلامي التجهين في فهم أساس مسؤولية الأمر ذي السلطة عن فعل المأمور . أولهما إقامة هذه المسؤولية على أساس الإكراه ، ولذا يشترط أصحاب هذا الاتجاه خشية المأمور من الإضرار به في نفسه أو ماله إذا لم يمثل الأداء ما هو مأمور به . والثاني إقامة هذه المسؤولية على أساس تفرير الأمر للمأمور . ولا يشترط عند أصحاب هذا الاتجاه خوف المأمور ، فمجرد أمر صاحب السلطة يوجب على المأمور المتابعة والأداء بحيث ينتسب فعله إلى فعل الأمر فيجب عليه الضمان .

ويؤسس مسؤولية الأمر في هذه الصورة لمسؤولية صاحب العمل عما يقوم به مرؤوسوه من أعمال ضارة بهم أو بغيرهم باعتبارهم يؤدون ما أمرهم به ، ولوجوب امتثالهم لهذا الأمر ، بحكم العقد الذي يحكم العلاقة بينهما . ولا حجة لهذا في إلقاء الضمان على الأجراء ، إذا تسبب أداؤهم لما أمروا به في إلحاق الضرر بهم ؛ ففى مجمع الضمانات أنه لو استأجر رجل ( أربعة رهط يحفرون له بئراً فوقعت عليهم من حفريهم ومات أحدهم كان على كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط ربعها لأن البئر وقع بفعلهم وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضاً فتوزع الدية عليهم أرباعاً فيسقط ربعها ، ويجب ثلاثة أرباعها )<sup>(١)</sup> . وقد أخذ القانون

(١) جميع الضمانات : ١٨٠ .

الانجليزى منذ منتصف القرن الماضى بهذا الرأى وأضاف الضرر الذى يحدث لعامل بفعل زميله إلى خطأ الزميل المباشر ، تيرئة لصاحب العمل من المسؤولية عن هذا الضرر . لكن قانون ١٩٤٨ Law Reform (Personal Injury) Act قد ألقى المسؤولية على صاحب العمل نفسه ، مما يعد تحولاً من إلقاء المسؤولية على الفاعل إلى تحميلها للأمر باعتباره التسبب فى الفعل . وإنما يعزى هذا التحول إلى أن ظروف الثورة الصناعية التاهضة فى القرن الماضى وضعف ظاهرة التأمين قد سوغا العمل على حماية أصحاب المشروعات من المسؤولية عما يصيب العمال من ضرر أثناء عملهم<sup>(١)</sup> .

٣ - ويتصل بسابقه الحكم بضمين الأمر إذا كان المأمور أجيراً له وتسبب فعله الذى يعود نفعه للأجر فى الإضرار بالغير . من ذلك أن يأمر أجيره بحفر بئر فى حائط الغير أو بالبناء على أرضه فإن الأمر هو الذى يضمن<sup>(٢)</sup> . وكذلك لو أن ( صاحب حائوت أمر أجيراً له ليرسل له الماء فى طريق المسلمين ففعل وعطب به إنسان ، عن أبى يوسف : يضمن الأمر . ولو أمره بالوضوء فتوضأ كان الضمان على الأجير لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضئ ومنفعة الإرسال تكون للأمر ، كما فى آخر الإجارة من قاضى خان ، وفيه من الجنايات : لو أمر أجيراً أو سقاء برش الماء فى فناء فكانه فعطب به إنسان ضمن الأمر لا الراش<sup>(٣)</sup> . ويعنى عدم التفريق بين الأجر والسقاء فى رجوع الضمان إلى الأمر فى فرض المسألة أن الأجير المشترك Independent Contractor والأجير الخاص Servant / employee لا يضمنان ما يترتب على فعلهما من إضرار بالغير ، طالما أن فعلهما هذا كان فى حدود ما يملكه عقد الإجارة المتفق عليه بينهما . أما لو كان هذا الفعل فى أمر شخصى لا علاقة له بالعمل المتفق عليه ، كأن يأمره بالوضوء فتوضأ فى طريق المسلمين ، فيقع أحد المارة بزلقه فى ماء الوضوء ، فإن الضمان على الفاعل لأنه يفعله لنفسه ، لا بحكم نياجه عن الأمر فلا يضمن .

(١) Tort Law, Dice and Mackenzie P. 292

(٢) جامع الفصولين : ١٠٨/٢

(٣) جامع الفوائد : ١٥٩

وإنما يضمن الأمر في هذه الصورة لأن المأمور نائب عنه فيرجع عمله إليه ويصير كأنه فعله بنفسه . ويشترط لذلك ألا يكون عمل المأمور لنفسه وألا يتجاوز المأمور في فعله ما أمر به . فلو استأجره لنقل أمتعة إلى مكان معين فذهب لزيارة أحد أصدقائه بعد قيامه بأداء ما أمر به كان متصرفا لنفسه ويضمن الضرر الذى يترتب على ذلك في طريق عودته من هذا الزيارة ، وهو غاصب للسيارة باستخدامها في الأمور الخاصة به .

وهذه هى الأسس التى جرت عليها القوانين الحديثة في تضمين أصحاب الأعمال ما يتسبب فيه أداء أجرائهم وعمالهم من أضرار تلحق بالغير ، فيما يعرف بمسئولية أصحاب الأعمال Employer's Liability<sup>(١)</sup> . من ذلك الحكم فى قضية Kay v. I. T. W. Ltd عام ١٩٦٨ التى أصيب فيها المدعى بفعل أحد موظفى الشركة المدعى عليها أثناء قيادة هذا الموظف لشاحنة ضخمة ، لمجرد نقلها من المكان الذى كانت تشغله حتى يتمكن من الدخول بسيارته الصغيرة إلى مقر الشركة . ومع أن هذا الموظف كان يحمل رخصة لقيادة السيارة الصغيرة وحدها وأنه لم يكن مرخصا له فى قيادة مثل هذه الشاحنة فقد اعتبرت الشركة التى يعمل فيها هذا الموظف مسؤولة عن نتائج عمله التى أدت فيه وأمرته به . وقد رأت محكمة الاستئناف التى قضت بالتعويض فى هذه القضية أن الأمر بقيادة السيارة الصغيرة من مقر الشركة وإليه يتضمن الإذن بإزالة العوائق التى تعترض الطريق لتنفيذ هذا الأمر . ويدل ذلك على اتجاه القوانين الحديثة إلى التوسع فى مسئولية صاحب العمل عن موظفيه إلى الحد الذى دفع أحد القانونيين إلى القول بأن اقتناء أسد مفترس أو حيوان برى فى غابة أكثر أمنا بكثير من إنشاء مشروع يقتضى توظيف أحد فيه لمسئوليتك عما يفعله مسئولية تكاد تكون مطلقة<sup>(٢)</sup> . ومع ذلك فإن لهذا الاتجاه ما يناظره فى الفقه الإسلامى فيما اتضح من رجوع الضمان إلى الأمر فى مسألة رش الأجير أو السقاء للماء فى فناء الدكان بإذن الأجر .

(١) Tort Law, Dias and Markesinis P. 290 .

(٢) Hepple and Mathews, Tort cases and Materials P. 723 .

ويدخل في هذا الباب من وجهة التفكير القانوني مسؤلية السيد عن الأضرار الناشئة من فعل خادمه ، وذلك بشرط تعدى الخادم ، وأن يكون هذا التعدى حال تأدية وظيفته<sup>(١)</sup> . والقاعدة العامة في القانون الانجليزي هي أن يستبد صاحب السلطة بالمسؤلية . ونص هذه القاعدة (Respondant Superior) ، أو (Let the superior be responsible)<sup>(٢)</sup> .

٤ - أمر الأب ابنه الصغير<sup>(٣)</sup> أو البالغ بعمل من الأعمال إذا أضر بالغير . ويشترط في ضمان الأب الضرر الناشئ عما فعله ابنه البالغ بأمره أن يكون موضوع هذا الأمر مما يملك الأب مباشرته بنفسه حتى يصح الأمر ، وإلا فإنه لا يصح ولا ينتقل به الضمان إلى الأمر . ولعل هذا هو ما نص عليه فقهاء المذهب الحنفي أنفسهم في المسألة التي أوردها البغدادى بعبارة : ( أمر ابنه البالغ ليوثق نارا إلى أرضه ففعل وتعدت إلى أرض جاره فأتلفت شيئا يضمن الأب ، لأن الأمر قد صح فانتقل فعل الابن إليه كما لو باشره الأب )<sup>(٤)</sup> . وإنما يستند الحكم بالضمان على الأمر في جميع الأحوال إلى سبب من هذه الأسباب :

١ - الإكراه . ٢ - الغرور . ٣ - النياية . ٤ - الولاية . ويبدو لي أن الحكم على الأب بضمان الضرر المتولد عن فعل ابنه المأمور بأمره مستند إلى السبب الأخير إذا كان الابن بالغاً وإلى السبب الثاني إذا كان الابن غير بالغ ، حيث لا يفترق الأب عن غيره في هذه الحالة ، لأن أمر البالغ غير البالغ بفعل يؤدي إلى الإضرار بالمأمور أو بغيره موجب للضمان كما تقدم ، لما فيه من غرور .

ويختلف ذلك عما أخذت به إحدى المحاكم البريطانية من الحكم بنفي الضمان على الأب في قضية Hewitt v. Bonuin ( ١٩٤٠ ) . ذلك أن أم أجد الصبية قد أعطته مفاتيح سيارة والده لنقل فتاتين يعرفهما هذا الوالد إلى بيتهما . ولم تكن الأم متعدية في إعطاء مفاتيح السيارة للصبى ، حيث كان الأب هو الذى

(١) السابق : ٧٣٤ .

(٢) Posner on Torts P. 20-23 .

(٣) حاشية الدسوقي : ٢٤٦/٤ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٦٧ .

أذن لها بذلك ، كما أنها لم تكن تعرف هاتين الفتاتين ولا تربطها بهما أية صلة . وقد أخذ هذا الصبي أحد أصدقائه معه ليؤنسه في الطريق . وفي رحلة الرجوع إلى بيت الصبي مات هذا الصديق لما اختل توازن السيارة وانحرفت عن طريقها نظرا للقيادة المتسرفة لهذا الصبي ، فرفع وصي صديقه قضية على الوالد طالبا التعويض . ولكن المحكمة نفت مسؤولية الأب عن الحادث باعتبار أن الصبي في قيادته للسيارة لم يكن يعمل وكيلا عن الأب أو خادما له أو أجيورا عنده أو لمنفحته<sup>(١)</sup> . ومع ذلك فقد يتجه على هذا الحكم أن الصبي ناب عن الأب في نقل الفتاتين إلى بيتهما بإذن هذا الأب فيما يملك مباشرة بنفسه فصيح إذنه ، وتنقل مسؤولية الصبي عن تعديه بالتسرع في القيادة إلى الأب بهذا الاعتبار .

٥ - إذا كان المأمور وكيلا عن الأمر في أداء حق عليه أو في تصرف ينوب عنه فيه أو يعود نفعه له . يوضح ذلك المسائل التالية :

- (لهما دين على خزانة السلطان أو الديوان لا يستخلص إلا بالرشا والمدايا للسعاة فيه فأمر أحدهما صاحبه بهما على أن يعطى له بمحضته يصح ويرجع)<sup>(٢)</sup>

- (قال لآخر هب لفلان ألف درهم على أني ضامن ففعل جازت الهبة ، ويضمن الأمر للمأمور)<sup>(٣)</sup>

- (رجلان في سفينة معهما متاع : ثقلت السفينة ، فقال أحدهما للآخر متاعك ... ضمن لمالك المتاع نصف قيمة متاعه)<sup>(٤)</sup>

- (زوج ابنة الصغير وضمن عنه المهر أجنبي بأمر الأب يرجع على الابن . وكذا الوصي لو أدى مهره يرجع لو أشهد الأب عند الأداء أنه يرجع)<sup>(٥)</sup>

- (لو أرسل رسولا إلى رجل وقال ابعث إلي عشرة دراهم قرضا فقال نعم ، وبعث إليه مع رسول الأمر فالأمر ضامن لها إذا أقر بأن رسوله قد قبضها .

(١) Happle and Mathews on Torts P. 714

(٢) (٣٠٢، ١١) جميع الضمانات : ١٦٠ .

(٣) السابق : ٣٤٦ .

وإن بحث بها مع غيره فلا ضمان على الأمر حتى يصل إليه<sup>(١)</sup> .  
 - ( لو بحث رجل إلى رجل ليقرضه فأقرضه ، فضايع من يده : فلو قال الرسول أقرض للمرسَل ضمن مُرسِله ، ولو قال أقرضني للمُرْسِل ضمن رسوله . والحاصل أن التوكيل بالإقراض جائز وبلاستقراض لا يجوز . ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القضاء للأمر ، ولو أخرج مخرج الوكالة بأن يضيفه إلى نفسه يقع للوكيل . وله منعه من أمره )<sup>(٢)</sup> .

ولما يرجع الضمان إلى الأمر فيما أمر به وكيله أو رسوله بشروط ، هي :

١ - أن تكون الرسالة أو الوكالة فيما يملك المرسل أو الموكل مباشرة بنفسه . فالقاعدة أن من لم يملك تصرفاً لم يكن له أن يوكل غيره فيه : فلو أرسل أحداً لإحراق مَال الغير أو أخذه رجع الضمان إلى الرسول لعدم صحة الأمر ، بخلاف ما إذا غره أو أمّره فإن الضمان يجب في ذلك للغرور أو الإكراه ، وليس للنيابة والوكالة .

٢ - ألا يخالف الوكيل إذن الموكل ، وإلا كان متصرفاً لنفسه فيقع ضمان فعله عليه . من ذلك أنه لو أرسله ليقترض له فاقترض لنفسه ضمن القضاء . أما لو اقترض له بإذنه ووكله في الاستيفاء فضايع دون تقصيره لم يضمن الوكيل لكونه أميناً .

والحاصل أن الأمر بفعل يؤدي إلى الإضرار بالغير سبب لا يجاب الضمان إذا انطوى هذا الأمر على معنى الغرور أو الإكراه أو النيابة أو الولاية . وعلى سبيل المقارنة فإن مسؤولية الأمر في الاصطلاح الفقهي تضم ضوراً عديدة مما يطلق عليه في القوانين الوضعية الحديثة مسؤولية المتبوع عن تابعه Vicarious Liability .

(١) السابق : ٢٤٤ .

(٢) السابق : ٢٤٨ .

## الفرع الثامن : الإكراه

٣٠٠ - الإكراه في اللغة بمعنى القهر والمشقة ، فأكرهته على الأمر إكراها بمعنى حملته عليه قهرا لا طوعا ، وأقامه على كرهه بمعنى أكرهه على القيام ، مما ينال الحبة والرضا . ولذا يستعمل كل منهما في مقابل الآخر ، كما في قوله تعالى : ﴿ وله أسلم من في السماوات والأرض طوعا وكرها وإليه يرجعون ﴾<sup>(١)</sup> .

وقد عرفه السرخسي بأنه ( اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تتعدم به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الاختيار )<sup>(٢)</sup> . ومعنى فساد اختيار المكروه أنه يقصد فعل ما أكرهه عليه ويختاره خشية وقوع الوعيد به . ويعدم الإكراه الرضا لأن المكروه لن يفعل ما أكرهه عليه إذا ما خلى بينه وبين نفسه . ولذا يعرفه التفتازاني بأنه : ( حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو تخلّى ونفسه ، فيكون معدما للرضا لا للاختيار ، إذا الفعل يصدر عنه باختياره ، لكنه قد يفسد الاختيار بأن يجعله مستندا إلى اختيار آخر ، وقد لا يفسده بأن يبقى الفاعل مستقلا في قصده )<sup>(٣)</sup> . والإكراه عند المالكية هو الحمل ظلما على ما لا يرضاه المحمول ولا يريد به بخلاف الإكراه الحثي كالجبر على بيع الأرض للطريق أو لتوسيع المسجد ، والطعام للمضطر<sup>(٤)</sup> . وعند الشافعية هو حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو تخلّى ونفسه<sup>(٥)</sup> . ولا يخرج عن ذلك تعريف الحنابلة للإكراه ، فقد ورد في المادة ١٥٤٢ من مجلة الأحكام الشرعية أنه هو الإكراه على عمل أو تصرف بواسطة ضرب أو سجن أو أخذ مال ونحوه أو تهديد بشيء من ذلك

(١) آل عمران : ٨٣ .

(٢) البسوط : ٣٨/٢٤ .

(٣) التلويح على التوضيح : ٨٢٠/٢ .

(٤) المحرشي : ٩/٥٠ .

(٥) المذهب : ٧٨/٢ .

من قادر عليه . ويتفق تعريف القانون المدني العراقي للإكراه مع هذه التعريفات  
الفقهية<sup>(١)</sup> .

٣٣٤ - ونقسم الإكراه إلى قسمين<sup>(٢)</sup> :

أولهما : الإكراه الملجئ أو التام الذى يخشى فيه من تلف البدن كأن يقول  
الحامل على الفعل إن لم تفعل كذا أقتلك أو أقطع يدك أو أضربك أو أمتنع عنك  
الطعام و الشراب أو ما يشبهه مما يخشى منه على سلامة البدن . ومفهوم الإلجاء  
أن يصير المكره آلة في يد المكره بانتفاء اختياره أو بفساده ، فيضاف فعله إلى  
الحامل له على الفعل .

والثاني : الإكراه الناقص أو غير الملجئ الذى لا يخشى منه على النفس  
أو على سلامة الأعضاء ، كأن يكون الوعيد بالحبس مدة قصيرة أو بالضرب الذى  
لا يخشى منه التلف . وليس فيه - كما يقول الكاساني : ( تقدير لازم سوى أن  
يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الأشياء . أعنى الحبس والقيد والضرب )<sup>(٣)</sup> .  
ويتحقق به لذلك أن يكون التهديد بالضرب أو الحبس أو القيد متعلقا بفروع

جاء في المادة ١١٢ من هذا القانون : ١ - الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على بأن يعمل عملاً  
دون رضاه ٢ - ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تعديداً يخطر بحسب محدث كإتلاف نفس ، أو عضو ،  
أو ضرب مبرح ، أو إيلاء شديد أو إتلاف غير في المال ويكون غير ملجئ إذا كان تعديداً بما هو دون ذلك  
كالخس أو الضرب على حسب أحوال الناس . ٣ - والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذى رحم  
محرم والتهديد بخطر يهدش الشرف يعتبر إكراهاً ويكون ملجئاً أو غير ملجئ بحسب الأحوال .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٢٠٩٥٥ ، المبسوط للسرعسي : ٤٨/٢٤ ، ٤٩ ، وتبيين الحقائق : ١٨١/٥ ،  
والأشبه والنظائر لابن نجيم : ٢٨٢ ، وتيسر التحرير لأمر بادشاه : ٣٠٨/٢ ، والمهلب : ٧٨/٢ .

بدائع الصنائع : ١٧٦/٧ .

المكره أو أصوله أو ذى رحم محرم منه أو الزوجة غير ذلك من يمت إلى المكروه بسبب ، لأنه يوجب الاغنام والحزن كذلك . وهذا هو ما استحسنته أكثر الأحناف . وأخذ به المالكية والشافعية . وقصروا الحنابلة على التهديد بإيذاء الأب أو الابن<sup>(١)</sup> . وفي المادة ٢٧٨ من مرشد الحيران أن ( الإكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بضرهم يعدم الرضا أيضا ) .

ويعنى عن هذه التفصيلات في تحديد ما يقع به الإكراه الأخذ بالقاعدة العامة التي حررها النووي ، وهى القضاء بمحضول الإكراه في كل ( ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذرا مما هدد به . وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأفعال المطلوبة والأموال المخوف بها ، فقد يكون الشيء إكراها في شيء دون غيره وفي حق شخص دون آخر )<sup>(٢)</sup> . ويعنى ذلك أن التهديد بالأمر اليسير الذى لا يخافه العاقل ولا يؤثر الإقدام على الفعل المطلوب منه بسببه لا يحصل به إكراه ولا يعد حذرا . وقد عرفه ابن حزم بأنه ( هو كل ما سمي في اللغة كراها . وعرف بالحس أنه إكراه كالوعيد بالقتل ممن لا يؤمن منه إنقاذ ما . وتوعد به . والوعيد بالضرب كذلك أو الوعيد بالسجن أو الوعيد بإفساد المال .. أو الوعيد في مسلم أو غيره بقتل أو ضرب أو سجن أو إفساد مال لقول رسول الله ﷺ : « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه »<sup>(٣)</sup> . ولا يخرج مذهب ابن حزم في تعريف الإكراه عما أخذ به جمهور الفقهاء . والعبرة في قيام حالة الإكراه بناء على هذه التعريفات السابقة أن يغلِب على ظن المكروه وقوع ما يتأذى به في نفسه أو ماله أو عرضه أو شرفه أو فيما يتعلق بذلك من حقوق غيره من الأقارب أو الأباعد من المسلمين ، فإن من واجب المسلم كما جاء في حديث النبي ﷺ ألا يظلم أخاه المسلم وألا يخذله أو يسلمه . وبذلك فإن معيار قيام الإكراه معيار نفسي مادي يستند إلى ما قام في نفس المكروه مع النظر إلى الظروف الموضوعية التي أنتجت هذا الأثر .

المهلب : ٧٨/٢ ، والحرثي : ٩/٥ ، والمحطاب : ٢٥٠/٤ .

الأشباه والنظائر للسيوطي : ٢٠٩ .

المحلي : ٣٣٠/٨ ، فقرة ١٤٠٣ .

ويقترَّب من ذلك تعريف القانون المدني المصري للإكراه فيما يستفاد مما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٢٧. « فهو سلطان رهبة يبعثها المكره في نفس المَكْرَه إذا كانت هذه الرهبة قائمة على أساس . وتكون ... قائمة على أهباس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وهذا يشترط التأثير النفسى ، وهو الخوف أو الرهبة ، الناشئ عن ظروف مادية أو موضوعية .

وقد نصت المادة ١٠٠٣ من المجلة العدلية على المعيار المادى ، ولفظها : ( يشترط أن يكون المجرم مقتدرا على إيقاع تهديده . بناء عليه من لم يكن مقتدرا على إيقاع تهديده وإجرائه لا يعتبر إكراهه ) . ونصت المادة ١٠٠٤ من هذه المجلة على المعيار النفسى بلفظ : ( يشترط خوف المكره من وقوع المكره به . يعنى يشترط حصول ظن غالب للمكروه بإجراء المُكْرِه به إن لم يفعل المُكْرَه عليه ) . وجمعت المادة ٢٨٩ من مرشد الحيران هذين المعيارين حيث جاء فيها : ( يشترط لاعتبار الإكراه المعلوم للرضا أن يكون المكره قادرا على إيقاع ما هدد به وأن يخاف المَكْرَه وقوع ما صار تهديده به في الحال بأن يقلب على ظنه وقوع المكره به ... )<sup>(١)</sup>.

٣٣٥ - حكم الإكراه : لا خلاف في أن الحكم الشرعى للإكراه هو الحرمة ، لكونه بذاته تعديا على حق الفرد وباعتبار ما يؤول إليه من فعل ما لم يجزه الشارع . أما ما يترتب عليه فيتنوع بتنوع المحمول عليه حسب الترتيب التالى :

أولا : إقرارات المكره :

إذا كان المحمول عليه من الإقرارات فإنه يوجب بطلان التقرُّر مطلقا ، سواء كان الإكراه ملجئا أو غير ملجئ ، فمن أكره على الاعتراف بدين أو زواج أو طلاق كان اعترافه باطلا ، ولا ينشأ به حق من الحقوق ، لأن الإقرار

---

(١) انظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمادة ١١٢ من مشروع القانون المدنى للمصرى وفقا للشريعة .

حجة إذا صدر باختيار المقر فإذا فسد هذا الاختيار لم يعتد بهذا الإقرار<sup>(١)</sup> . ثانيا : إذا كان المكره عليه من التصرفات والعقود الشرعية القابلة للفسخ كالبيع والإيجارات فإنها تفسد عند الأحناف بالإكراه الملجئ أو غيره . أما إذا كان المكره عليه من التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح فإنها تصح مع الإكراه في المذهب الحنفي ، فالمكره عليه في هذا المذهب إن كان من قبيل الأقاويل وهو ( مما لا تنفسخ كالطلاق كان نافذا وإلا كان فاسدا كالبيع والأقارير )<sup>(٢)</sup> . ولا يلتزم المكره بشيء من هذه الأقاويل في المذهب المالكي إلا إذا أجازها بعد زوال الإكراه ورضي بها في غير النكاح فإن إجازته لا تصح<sup>(٣)</sup> .

#### ثانيا : عقود المكره :

تبطل عقود المكره وطلaque في المذهب الشافعي . ويوافق الحنابلة على بطلان عقود المكره وتصرفاته القولية ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقد النكاح قياسا للمكره على المازل في هذا العقد . وإنما لم يلحقوا به الطلاق لقوله ﷺ : « لا طلاق في إغلاق »<sup>(٤)</sup> . وأساس الخلاف بين الأحناف وبين الجمهور في ذلك أن الإكراه لا أثر له في إبطال تصرفات المكره القولية أو الفعلية ، وإنما يؤثر

(١) المبسوط : ٧٠/٢٤ حيث جاء فيه : ( لو أن قاطبا أكره رجلا تهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الإقرار باطلا لأن الإقرار محمل بين الصدق والكذب وإنما يكون حجة إذا ترجع بجانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والخمس يمنع رجحان جانب الصدق .. ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا وجههم الله صحة الإقرار مع التهديد بالضرب والخمس في حق السارق وغيره إلا شيء روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه أن بعض الأمراء بعث إليه رسالته عن ضرب السارق ليقر فقال ما لم يقطع اللحم أو بين العظم ، ثم ندم على مقاتله وجاء بنفذه إلى مجلس الأمير لينتقم من ذلك فوجده قد ضرب به حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال مرسوفا بين يدي الأمير قال ما رأيت ظلما أشبه ببلقي من هذا ) والراجع عند المالكية والشافعية أن إقرار المكره لا يلزمه شيء وإن تردد بعضهم فيه . انظر المحطاب : ٢١٦/٥ ، ٢١٧ ، ونهاية المحتاج : ٧٢/٥ .

(٢) التلويح للفتاوى : ٨٢٢/٢ .

(٣) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٠٩/٦ ، والمراجع المثبتة في هذا الموضوع .

(٤) التلويح : ٨٢٢/٢ ، والمذهب : ٧٨/٢ ، والإنصاف : ٤٣٩/٨ ، والمغنى : ٥٣٠/٦ .

في نسبة هذه التصرفات إلى الحامل إن أمكن نقل الفعل وإضافته إليه ، وذلك إذا أمكن اعتبار الفاعل آلة للحامل ، وإلا استقرت نسبة القول أو الفعل إلى المكره . أما الجمهور فينظرون إلى أن ترخيص الشارح للمكره في الفعل أو القول يبيحه له ولا تترتب عليه تبعته<sup>(١)</sup> . ومذهب الظاهرية أن الإكراه على الأقوال لا يجب به شيء مطلق<sup>(٢)</sup> .

وقد أخذ القانون المدني العراقي بوقف الالتزام الناشئ عن تعاقد المكره ، فقد جاء في المادة ١١٥ أن ( من أكرهه إكراهاً معبراً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ) . كما جاء في المادة التالية لها أن ( الزوج ذو شركة على زوجته ، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها لثب له مهرها فوجبه له لا تنفذ الحبة ولا تبرأ ذمته من المهر ) . وقد ورد حكم هذه المادة الأخيرة بلفظه تقريباً في المادة ٢٩٤ من مرشد الحيران<sup>(٣)</sup> . ومستند الحكم بوقف تعاقد المكره هو قول زفر . وإنما يتضح ذلك بالإشارة إلى مذاهب الفقهاء في حكم عقد المكره بإيجاز على النحو التالي :

- (أ) مذهب الشافعية وبعض الحنابلة أن عبارة المكره لأغية لا أثر لها شرعاً ، فتعاقده باطل .
- (ب) مذهب المالكية أن تعاقد المكره فاسد يصح بإجازه في غير النكاح .
- (ج) مذهب جمهور الأحناف أن عبارة المكره منسقة لعقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، فيما عدا زواج المكره وملاقه وعتقه ويمينه ونذره لاستثناء الشارع إياها وحكمه بصحتها مع الإكراه ، وذلك في قوله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزهن جد الطلاق والنكاح واليمين ، وفي بعض الروايات العتاق والرجعة . فقياس الأحناف الإكراه على الهزل في هذه المستثنيات مع ما بينهما من فوارق .
- (د) مذهب زفر أنه عقد موقوف ، بمعنى أنه عقد صحيح وإن لم تترتب

(١) الوجيز في أصول الفقه لمبد الكرم زيدان : ص ١٣٨ . وقد ناقش الدكتور عبد الرزاق السنهوري تصرفات المكره القولية وأثر تعاقده في مصادر الحق : ١٨٣/٢ ، ٢١٥ ، ١٧٢/٤ ، ١٧٨ .

(٢) المحل لابن حزم : ٣٢٩/٨ ،قرة ١٤٠٣ .

(٣) نص الفقهاء على هذا الحكم ، انظر : الفتاوى الحالية : ٤٨٧/٣ ، وحاشية ابن عابدين : ١٣٤/٥ ،

آثاره عليه إلا بإجازة المكروه بعد زوال إكراهه فإن أجازته نفذ وإلا بطل ، لأن الحكم بوقفه لحق المكروه ، لا لحق الشارع كحرمة الربا فيملك إجازته ولا يكون باطلاً أو فاسداً<sup>(١)</sup> . وقد أخذت المجلة برأى زفر في الحكم بوقف عقد المكروه .

### ثالثاً : الإكراه في الأفعال : .

٣٣٦ - لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه سبب لإباحة الأفعال التي تبيحها الضرورة كشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير<sup>(٢)</sup> ، وكالتلفظ بكلمة الكفر كما أنه لا خلاف بين العلماء على أن الإكراه لا يغير حكم ما يتعلق بحقوق العباد ، فالإكراه على القتل أو القطع أو الضرب لا يبيحه ولو كان في امتناع المكروه هلاكه ، لأن نفس الغير معصومة ولا يجوز للإنسان دفع الضرر عن نفسه بإيقاعه بغيره<sup>(٣)</sup> . وإن فعل المكروه شيئاً من ذلك كان آثماً واستحق العقوبة على فعله . ولا يختلف الفقهاء إلا في نوع العقوبة على هذا الفعل ، فأبو حنيفة ومحمد يوجبان القصاص على الحامل الذي اتخذ الفاعل أداة له<sup>(٤)</sup> . ويوجب المالكية والشافعية والحنابلة القصاص على الحامل والفاعل معاً ، لتعديهما وكون الضرر نتيجة لفعلهما فيقتضيهما<sup>(٥)</sup> . وذهب أبو يوسف إلى إيجاب الدية لنقص جنائية الحامل والفاعل عما يوجب القصاص ، وهو الجنائية الكاملة التي يتوافر فيها كل من الركن الأدنى والمادى . أما إذا كان المطلوب هو قتل المكروه ( الحامل ) فلا قصاص عند كل من

(١) التبليغ : ١٨٦/٧ ، والمبسوط : ٩٣/٢٤ والمادة ١٠٠٦ من المدلية ، والمادة ١٤٥٣ من الشريعة وحاشية البسوق : ٦/٣ ، وتكملة فتح القدير : ٢٦٢/٧ .

(٢) المبسوط : ٤٨/٢٤ ، والمحوى على الأشباه : ١٢٣/١ ، وفصل لا ين حرم : ٣٣/٨ ، فقرة ١٤٠٤ .

(٣) الخنزيرى : ١٧٥/٣ وما بعدها .

(٤) بدائع الصنائع : ١٧٩/٧ ، وعبارة الكاساني في ذلك : ( فأما المكروه على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزى ويجب القصاص على المكروه ، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكروه ، وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكروه دون المكروه . وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما ) .

(٥) الشرح الصغير : ٥٩٤/٢ ، ومغنى المحتاج : ٢٠٢/٤ ، والمهذب : ١٧٧/٢ ، والقواعد لابن رجب ص : ١٣٠ ، والمهذب في تخرج الفروع على الأصول للإسوي ١٢٣ ، والقواعد والفوائد الأصولية لابن الدمام : ٤٦ .

الأحناف والمالكية والحنابلة وتجب الدية ، خلافا لمن رجح وجوب القصاص من الشافعية<sup>(١)</sup>.

٣٣٧ - أما الإكراه على ارتكاب الجنايات الأخرى كالسرقة والزنا فإن حرمة هذه الأفعال لا ترتفع بحال ، وتسقط العقوبة الحدية للشبهة الدارئة لهذه العقوبة . وقد وقعت في عهد عمر بن الخطاب قضية المرأة<sup>(٢)</sup> التي أقرت بالزنا فحكم عليها بالرجم . لكن على بن أبي طالب رضى الله عنه ترفع في شأن هذه المرأة بأن سألتها عما حملها على الزنا ، فقالت في إجابتها : ( كان لي خليط وفي إله ماء ولبن ولم يكن لي إله ماء ولا لبن فظلمت فاستسقيته فأنى أن يسقيني حتى أعطيه نفسى فأبيت عليه ثلاثا فلما ظلمت وظننت أن نفسى ستخرج أعطيته . الذى أراد فسقائى . فقال على الله أكبر ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ) . ويفرق بعض الفقهاء الأحناف والحنابلة بين إكراه الرجل على الزنا وبين إكراه المرأة عليه ، فيوجبون الحد في إكراه الرجل دون إكراه المرأة ، بناء على أنه لا يصدر من الرجل إلا عن طوعية واختيار<sup>(٣)</sup> . لكن وجهة الجمهور هى عدم التفريق وسقوط العقوبة الحدية بالإكراه . وعلى سبيل المقارنة - فإن الشريعة تعتبر الإكراه سببا لإباحة عدد من الجرائم أو سببا لرفع العقوبة الحدية والتعزيرية أو سببا لتخفيف العقوبة بفرض العقوبة التعزيرية وحدها في بعض الأحيان بينما يتجه التفكير القانوني إلى اعتبار الإكراه سببا لرفع العقوبة لا لإباحة الفعل . وإنما يباح الفعل بالإكراه في الشريعة إذا قصدت من تحريره إلى الحفاظ على مصلحة ترجع للفاعل كالحكم بتحريم الخمر ولحم الخنزير . أما إذا كان القصد من التحريم هو الحفاظ على مصلحة الغير فإن الشريعة لا تبيح الفعل بالإكراه وإنما ترفع العقوبة عن الفاعل أو تحكم بإنزال العقوبة التعزيرية محل العقوبة الحدية<sup>(٤)</sup> . وقد اعتبر القانون الجنائي الهكستالى ١٨٦٠ الإكراه من أسباب رفع العقوبة أو مانعا منها

(١) البدائع : ١٨٠/٧ ، والمبسوط : ٩٠/٢٤ ، والتهذيب في تفرع الفروع على الأصول : ١٢٣ .

(٢) الطرق الحكيمة : لابن القيم : ص ٤٨ وما بعدها .

(٣) البدائع : ١٨٠/٧ .

(٤) راجع التشريع الجنائي لمحمد القادر عودة : ٥٧١/١ .

بوجه الاستثناء Exception في المادة الرابعة والتسعين من هذا القانون .

وإذ يرفع الإكراه المسؤولية الجنائية بإسقاط العقوبة أو تخفيفها فإنه لا يدفع المسؤولية المدنية عما لحق الغير من أضرار تتعلق بالأموال ؛ فالإكراه على إتلاف مال المسلم أو غصبه أو سرقة لا عقوبة فيه على المكروه ، وإنما رخص له الشارع في ارتكاب هذه المحرمات للضرورة ، ( ولو امتنع المكروه حتى قتل لا يائمه بل يثاب لأن الحرمة قائمة . فهو بالامتناع قضى حق الحرمة ، فكان مأجورا لا مأزورا )<sup>(١)</sup> . ولو سرق بالإكراه لم تقطع يده ، فإن ( القطع يسقط بالإكراه مطلقا ولو كان بضرب أو سجن لأنه شبهة تدرأ الحد )<sup>(٢)</sup> .

### ٣٣٨ - الضمان في الإكراه :

أما إيجاب الضمان بالإكراه ففيه اختلاف العلماء على النحو التالي . :

- ذهب الأحناف إلى إيجاب الضمان على الحامل دون الفاعل في الإكراه إذا كان تاما وإلا وجب على الفاعل إذا كان الإكراه ناقصا . وفي ذلك يقول الكاساني : ( المكروه على إتلاف مال الغير إذا أتلغه يجب الضمان على المكروه دون المكروه إذا كان الإكراه تاما ، لأن الملتف هو المكروه من حيث المعنى . وإنما المكروه بمنزلة الآلة على معنى أنه مسلوب الاختيار إيثارا وارتضاء . وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكروه فيضربه على المال فأمكن جعله آلة المكروه فكان التلف حاصلًا بإكراهه فكان الضمان عليه . وإن كان الإكراه ناقصا فالضمان على المكروه ، لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكروه آلة المكروه ، لأنه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الإلتاف من المكروه فكان الضمان عليه . وكذلك لو أكرهه على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه ، لأن هذا النوع من الفعل ، وهو الأكل ، مما لا يعمل عليه الإكراه لأنه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائما فيه فكان الضمان عليه )<sup>(٣)</sup> . وهو مذهب بعض الشافعية الذي يرجحه العزيز بن عبد السلام<sup>(٤)</sup> .

(٣) البدائع : ١٧٩/٧ .

(٤) قواعد الأحكام : ١٠٥/٢ .

(١) بدائع الصنائع : ١٧٧/٧ .

(٢) الدرر : ٤٨٦/٤ .

- مذهب فريق من المالكية وبعض الشافعية وعدد من فقهاء الحنابلة والظاهرية هو إلقاء الضمان على الفاعل المكره ، تقديمًا للمباشرة على التسبب فيما تنص عليه القاعدة الفقهية . ولا يخفى أن المكره مباشر والمكره متسبب<sup>(١)</sup> ، ولأن المكره على إتلاف مال الغير كالمضطر إلى أكل طعامه فإنه يباح له ذلك بشرط الضمان .

- أما جمهور الشافعية والحنابلة عند المالكية فيوجبون الضمان على المكره والمكره معا ، لانتساب الضرر إلى فعل كل منهما .

- وللحنابلة في الضمان بالإكراه اتجاهاً ، ( أحدهما : أنه على المكره وحده ، لكن للمستحق مطالبة التلief ، ويرجع على المكره ، لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان . بخلاف المكره على القتل فإنه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان .. والثاني : عليهما الضمان كالدية .. باشتراكهما في الإثم . وهذا تصریح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف مال الغير )<sup>(٢)</sup> .

٣٣٩ - ويرجع في ضوء القواعد العامة للإكراه أن المكره الحامل على إتيان الفعل هو الذى يستقر عليه الضمان إذا ألجئ المكره إلى إتيان الفعل وانعدم رضاه به ، وذلك بتوافر الشروط التى يرجع معها رغبة المكره وخوفه من إيقاع المكره ما هدده به . ويشترط كذلك أن تزيد المصلحة الفاتحة بوقوع التهديد على الضرر الواقع بالغير في الاعتبار الشرعى وإلا فإن الإكراه لا يؤثر في الحكم بالضمان . ومع ذلك فإنه يجوز للمستحق أن يطالب المكره بالضمان ويرجع المكره بما يؤديه على المكره لأنه هو المتسبب فيما وجب على المكره فيتحمله .

(١) الأضواء والنظار للسيوطي : ١٦٢ ، والمغشى : ١٧٥/٣ ، والقوانين الفقهية لابن جزي : ٢٢٨ ، والمغشى : ٢٧٣/٥ ، ٢٥٩/٨ ، والمغلى : ٢٣/٨ ، ١٤٠٣ .  
(٢) القواعد لابن رجب : ٣٠٩ .

## الفرع التاسع : الصدمة العصبية

٣٤٠ - مفهوم الصدمة العصبية في القانون الانجليزي : اشترطت القوانين السابقة على التشريع الإسلامي لإيجاب الضمان أن يكون الفعل الضار حسيا ماديا لا معنويا . أما لو كان الفعل غير مادي كما لو أزعج حيوانا بصوته فوقع في النهر زلمات لا يجب الضمان . وقد كان هذا هو الحال في القانون الروماني وفي غيره من القوانين التي احتلت حذوه . واستند كثير من القانونيين الانجليز إلى الخوف من فتح مجالات واسعة للتقاضى<sup>(١)</sup> لتبرير إنكار الحق في التعويض عن الأضرار الناشئة بفعل غير مادي . لكن الخوف من زيادة أعداد المتقاضين أمام المحاكم لا يسوغ ترك المتضرر يعاني دون حماية القانون لحقوقه . ولم يبرز هذا المنطق بهذه الدرجة من الوضوح في العمل القضائي الانجليزي إلا في أواخر القرن التاسع عشر ، حينما بدأ القضاء يعترف بحق المتضرر في التعويض في تلك الأحوال التي يقع فيها الضرر بفعل غير مادي إذا كان هذا الفعل مقصودا لتفاعله أو ناشئا عن طيش وتهور Recklessness . ويرجع إلى قضية *Wilkinson v. Downton* ( ١٨٩٧ م ) الفضل في صياغة المبدأ القاضي بإيجاب ضمان الأضرار الناشئة بفعل غير مادي . وفي هذه القضية أخبر المدعى عليه عن سبيل المزاح المدعية بأن زوجها أصيب بإصابات بالغة في حادث قفزت من ذلك ، ووجب لها الحق في التعويض عما أصابها<sup>(٢)</sup> . أما حدوث الصدمة بالإهمال وتعويضها فلم يعترف به القانون الانجليزي سببا للتعويض إلا بعد ذلك بفترة . ففي قضية *Dulieu v. White and Sons* ( ١٩٠١ م ) قاد المدعى عليه عربته التي يجرها جوادان على نحو لا يخلو من إهمال في اتجاه واجهة مقهى عام ، فخلل خادمة في هذا المقهى أن العربى ينسبيلها للاصطدام بالواجهة ، فانهارت عصبيا ، ووجب لها التعويض .

(١) مبدأ الخوف من فتح باب النزاع والتقاضى *Opening the floodgates of litigation* .

(٢) *Dias and other Tort law*, P. 83. (Y)

٣٤١ - وإنما تنقيد الصدمة العصبية Nervous Shock الموجبة للضمان في القانون العرفي الانجليزي بالأمور الثلاثة التالية :

١ - أن تكون درجة التحمل النفسية والعصبية للمتضرر في حدود المعتاد والمألوف . أما الأشخاص الحساسون Hyper sensitive للغاية بطبيعتهم ولا يتحملون التحمل المعتاد ، وتؤثر فيهم المشاهد القليلة الخطر فلا يجبرهم حق التعويض عما يحسونه من ألم نفسي إذا رجع هذا الألم لطبيعتهم الخاصة ولم يكن نتيجة متوقعة لفعل المدعى عليه . ففي قضية King v. Philips ( ١٩٥٣ م ) صدمت الأم حيناً رأت من نافلتها على البعد سيارة أجرة ترجع للخلف في اتجاه طفلها الذي كان يلعب بهراجته . وإنما لم يستجب لطلبها بالتعويض لأن ما حدث لها لم يرجع لعمل السائق بل لحساسيتها المفرطة وخوفها البالغ على طفلها<sup>(١)</sup> .

٢ - أن تدخل الصدمة في النتائج المتوقعة للفعل . ولذا لو أخبر أحد امرأة بنجاح أنها فسرت سرورا بالغا أدى إلى الإضرار بها فإن الخبر بهذه النتيجة لا يسأل عنها ، لأنها ليست متوقعة باعتبارها نتيجة لفعله .

٣ - أن يتعرض المتضرر للتأثير المباشر (Immediate offermath) للفعل المتسبب في الصدمة . أما التأثير غير المباشر فالمفترض ألا يؤدي إلى الصدمة ، لانعدام عنصر المفاجأة . ففي قضية Mcloughlin v. O'Brian ( ١٩٨٣ ) علمت الزوجة بوقوع حادث لزوجها وأطفالها ، وذهبت إلى المستشفى فوجدتهم في حالة سيئة ، مما أصابها بحالة من الفزع ، لكن لم يستجب لطلبها التعويض لانعدام معنى المباشرة في التأثير<sup>(٢)</sup> .

ولا تختص الصدمة الموجبة للتعويض بالأفعال المتعلقة بالناس وحياتهم والأخطار الراجعة إليهم ؛ فمن يتعرض بيبه لخطر حريق داهم بفعل غيره يستحق التعويض عما تحمله من آلام ، ولو لم يحترق البيت بالفعل .

وتختلف الصدمة العصبية عن مجرد الألم أو الإحساس بالضيق

(١) السابق : ص ٨٣ .

(٢) السابق : ٨٤ .

والعذاب<sup>(١)</sup> ، من جهة أن الصدمة تؤثر في النفس تأثيراً يورث المرض الجسمي أو النفسي لفترة تطول أو تقصر .

٣٤٢ - في الفقه الإسلامي : عرف الفقه الإسلامي منذ بداية تطوره إيجاب الضمان بالأفعال الضارة غير المادية أو العنيفة . وفي أمثلة عديدة ينص الفقهاء على إيجاب الضمان بالتلفظ بالأخبار الكاذبة على سبيل المزاح أو الهزل ، وبالصياح أو الضجيج ، وبالاستدعاء لمجلس الحاكم إذا لم تراعى ظروف المدعو للحضور . وفيما يلي بعض الأمثلة أو القضايا التي نص عليها الفقهاء :

(أ) ذكر البغدادي في مجمع الضمانات : ( رجل صاح على آخر فمات من صيحته تحب الدية<sup>(٢)</sup> ) . ولا يخلو الصياح أن يكون فعلاً مادياً كالضرب أو القطع في الإفضاء إلى الموت في الأحوال التي يغلب أداؤها إليه . ومن جنسه ما ذكره في ( صبي قائم على سطح فصاح به رجل ففزع الصبي فوق وقع ومات ضمن عاقلة الصائح دية<sup>(٣)</sup> ) .

(ب) لا يقتصر الضمان الواجب على الأضرار المادية من أعيان الأموال والإصابات البدنية ، وإنما يشمل الأضرار المعنوية أو النفسية أو العصبية أو العقلية . ففي مجمع الضمانات أنه إذا ( نزع سن امرأة فتجن يوماً وتفيق يوماً فحكومة عدل<sup>(٤)</sup> ) وكذلك ( لو شج رجلاً فالتحمت ( أى الشجة ) ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقطت الأرض عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : غليه أرض الأم ، وهو حكومة عدل . وقال محمد عليه أجرة الطبيب وثمان الدواء<sup>(٥)</sup> ) . ولا يشترط لإيجاب الضمان على حافر البئر في الطريق العام أن يموت الواقع فيها من سقوطه وارتطامه بأسفلها ، فلو اغتم ومات من الحزن لا من السقوط ضمن عند أبي يوسف ومحمد<sup>(٦)</sup> . وهذا الضم هو ما يعبر عنه بالصدمة العصبية .

(١) Mental torture and suffering

(٢) مجمع الضمانات : ١٦٦ .

(٣) السابق : ١٧٢ ، ونباح الميائغ : ٢٣٥/٧ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٧٠ .

(٥) السابق : ١٧١ .

(٦) السابق : ١٨٠ .

(ج) روى أن عمر بعث إلى امرأة مغنية كانت تُدْخِلُ الرجال عليها ، فكانت تقول وهي في الطريق : ( يا ويلها ، ما لها ولعمر ، فيبتا هي في الطريق إذ فرغت ، فضر بها الطلق فألقت ولدا . فصباح الصبي صبيحتين ثم ماتت . فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب . وصمت علي . فأقبل عليه عمر ، فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك . إن دينه عليك لأنك أفرعتها فألقته . فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك . وأما المرأة فلأنها نفس هلكت بإرسال السلطان إليها فضمتها كجنيتها ، أو نفس هلكت بسببه فوجب أن تضمن كما لو ضربها فماتت . وقيل هدر لأنه ليس بسبب عادة . وجوابه بأنه سبب عادى بخلاف الضربة والضربتين فإنه ليس سببا للهلاك في العادة (١).

وفي شرح المنهج أنه ( لو ألفت امرأة جنينا بانزعاجها يبعث نحو سلطان إليها أو إلى من عندها ضمين - بالبناء للمفعول - بالفرقة .. سواء ذكرت عنده بسوء أم لا ... وخرج بألفت جنينا ما لو ماتت فرعا منه فلا ضمان ، لأن مثله لا يفضي إلى الموت . نعم ، لو ماتت بالإلقاء ضمن عاقلته دينها مع الفرقة ، لأن الإلقاء قد يحصل منه موت الأم (٢).

(د) في حاشية الجمل أن المرأة إذا ( قذفت فأجهضت ضمننت عاقلة القاذف ، بخلاف ما لو ماتت ، كما لو أفسد ثيابها حدث خرج منها فرعا (٣).

(هـ) في حاشية الجمل أيضا أن المرأة ( لو أتاها برسول الحاكم لتدخما على أخيها مثلا ، فأخذها فأجهضت أتمه علم الضمان ، حيث لم يوجد من واحد منها نحو إفزاع . نعم ، يظهر حمله على من لم تتأثر بمجرد رؤية الرسول . أما من هي كذلك ، لا سيما والفرض أنه أخذها فيضمن الفرقة جا قتلها . وينبغي للحاكم إذا أراد طلب امرأة أن يسأل عن حملها ثم يتلطف في طلبها (٤).

(١) المبدع في شرح المتن : ٣٤٢/٨ ، وانظر كشف القناع : ١٦/٦ .

(٢) شرح المنهج لنسخ الإسلام ذكرها الأنصاري مطبوع على هامش حاشية الجمل : ٨١/٥ .

(٣) السابق في الموضوع نفسه .

(و) ومن جنس قضية *Wilkinson v. Downton* ما جاء في حاشية الجمل ( إغيارها ( أى المرأة ) بموت ولدها أو زوجها ) كذبا ، وزيادة ( الرسول في طلبه ( أى للمرأة ) على ما قاله السلطان كذبا مهددا وحصل الإجهاض بزيادته تعلق الضمان به ، كما لو لم يطلبها السلطان (١) .

٣٠٩ - والحاصل من هذه الأمثلة المنصوص على أحكامها في كتب الفقه الإسلامى ماثل : :

(أ) أن الفقه لم يقصر الأفعال الموجبة للضمان في المحسوسات أو الماديات ، بل شملت التعدى بالكذب والتهديد والوعيد . ولا فرق بين تفريع الرسول المرأة بطلب حضورها للسلطان دون تطفل فتلقى جنيها وتموت من هذا الفرع وبين ضربها أو إلحاقها في بحر يؤدي إلى النتيجة نفسها . وعلى الرغم من وضوح هذا المبدأ في المنطق فإن القانون الانجليزى لم يهتد إلى تطبيقه إلا في آخر القرن الماضى وأوائل هذا القرن على النحو الذى سلفت الإشارة إليه .

(ب) لا يشترط في الضرر المضمون أن يكون ماديا هو الآخر أو عينا من الأعيان ، فالمرأة التى تمجن يوما وتفتيق يوما في المثال المذكور قبل قليل يجبر ضررها بتعريض تقدره حكومة العدل . وقد نص أبو يوسف على ضمان ما أسماه ( أرض الألم ) ، وهو ما لا ينبغي أن يتقيد بالألم العضوى ، ويجب تعميمه ليشمل الألم النفسى أو الفرع أو الغم الناشئ عن الفعل الغير المشروع . ويستفاد هذا العموم من عبارات أبى يوسف ومن انتفاء الداعى إلى التخصيص بالألم العضوى دون سواه .

(ج) يتقيد الضمان في الترويع والإفزاز بأن يكون الضرر المضمون نتيجة طبيعية لفعل التعدى . يوضحه أن الصالح على الصبي يضمن إذا أخافه وأفرغه ، أما لو صاح على رجل ففرغ ومات لم يضمن ، لأن المعتاد ألا يموت الرجل من الصيحة . وكذلك لو أرسل سلطان إلى امرأة ففرغت وماتت لم يضمن عند من رأى أنها لا تموت في المعتاد من إرسال السلطان إليها ، لكن لو كانت حاملا

فأجهضت ثم ماتت فإن الضمان يجب ، لأن من المعتاد أن تلقى الحامل جنينها عند  
 الفزع ، كما أن من الملاحم موت المرأة من إلقاء جنينها .  
 (د) يبدو أن هناك اتجاها في الفقه الإسلامي للتوسع في الأضرار المضمونة  
 بالتفريق ، حتى لو بدت منفصلة عن التعدي . ففى مثال المرأة التى نزع سنها  
 فتجن يوما وتفيق يوما وجب الضمان مع أن هذا الجنون الجزئ يبدو مستقلا  
 ومنفصلا عن مجرد نزع السن . وتدل صياغة هذا الافتراض على وعى الذهن  
 ساقوه بعدم الارتباط بين الفعل والنتيجة . ومعنى ذلك أن هناك من يذهب  
 إلى ضمان الأضرار الناشئة عن التفريق مطلقا ، سواء بدت نتيجة طبيعية لفعل  
 التعدي أم منفصلة عنه وغير مترتبة عليه .

## الفصل الثالث : التعسف في استعمال الحقوق

### المطلب الأول : مفهومه

٣٤٣ - تقديم : آثرت إفراد دراسة التعسف في استعمال الحقوق عن سائر موجبات ضمان التعدي بفصل خاص لعدة أسباب ، من بينها كثرة هذه الموجبات وطول الفصل السابق ، وتنوع جوانب موضوع التعسف في الشريعة ، فضلاً عن وجوب العناية به والرغبة في تيسير متابعته .

وقد خرجت للناس في الحقيقة الأخيرة عدة كتب حول نظرية التعسف واستعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية . من بينها كتاب على الخفيف ( الحق والذمة )<sup>(١)</sup> ، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ، ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية لمحمود فتحي ، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني ، والتعسف في استعمال الحق وفقاً لأحكام القانون المدني المصري للدكتور محمد شوق السيد . ولا أتطرق إلى أسس نظرية التعسف ولا إلى تفصيلاتها اكتفاء بما جاء في هذه الكتب ، وإنما أكتفي في هذا البحث بالنظر إلى الجوانب العملية للتعسف باعتباره خطأً أو تعدياً يوجب الضمان .

### المبحث الأول : مفهوم التعسف

٣٤٤ - الحق والتعسف : الحق عبارة عن مكتبة قانونية لحماية مصلحة أرادها الشارع وأوجب اعتبارها . وبهذا فإن المصلحة هي الغاية المقصودة من إعطاء الحق . فحفظ النفس مصلحة على سبيل المثال ، لكن الدفاع عن النفس

حق قصد منه حفظ هذه المصلحة . ومع وضوح هذا المعنى فإن هناك انتماءها إلى عدم التفريق بين الحق والمصلحة ، يعبر عنه الأستاذ أهرنج القانونى الألماني الذى يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون<sup>(١)</sup> . وهو يرشد إلى تما بين الحق والمصلحة من ترابط .

ويعنى التعسف بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعاً أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع . من شرع الحق . وقد يوضح هذا المعنى للتعسف حكم محكمة استئناف كولمار Colmar فى الثانى من مايو عام ١٨٥٥ حينما أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور عن جاره بناء على وجوب تقييد استعمال حق الملكية ، أو أى حق آخر لاستيفاء مصلحة حقيقية مشروعة ، لا مجرد الاستجابة للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة<sup>(٢)</sup> . نعم أعطى القانون الحق للمالك فى الانتفاع بسطح منزله على النحو الذى يشاء ، بإقامة مدخنة أو بالعمليّة ، لكن هذا الحق مقيد بالأصول التى قامت عليها القوانين وهى المصالح . وإذا كانت المصالح هى مبنى الأحكام فى الشريعة الإسلامية ، حتى ليذكر ابن القيم فى تعبيره عن هذا المعنى : ( أنه حينما وجدت المصلحة فلم شرع الله ) ، فإن الأمر لا يخرج عن ذلك فى النظر القانونى الوضعى . وهذا هو روسكو باوند زعيم مدرسة فقه المصالح بالولايات المتحدة الأمريكية بتعبير أحد الباحثين يقرر أن ( المصالح هى التى تضغط على المشرع للاعتراف بها ، فإذا ما انتصاع لهذا الضغط ظهرت المصالح فى صورة قواعد قانونية مقررة الحقوق والواجبات )<sup>(٣)</sup> . ويرشد ذلك إلى أن المصالح فى التفكير القانونى هو أصل القانون ومصدره وأن القانون هو أصل الحقوق ومصدرها .

وترتد الحقوق فى القوانين والتشريعات بوجه عام إلى أمرين :

---

(١) التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد : ص ١٣ .

(٢) الرسيط للسبوري : ٨٣٧/١ .

(٣) المصلحة فى التشريع الإسلامية لأستاذى المرحوم مصطفى زيد ، دار الفكر العربى ١٩٧٤ ، ص ٢٣ ما بعدها .

(٤) التعسف فى استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد ص ٢٩ ، ٣٠ .

أولهما : التصرف القانوني كالعقد والإرادة المنفردة والفعل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون<sup>(١)</sup> .

والثاني : الواقعة القانونية ، وهي ( عمل مادي يقع باختيار الإنسان وإرادته أو بغير اختياره ويرتب القانون عليه أثرا قانونيا معينا . مثل الواقعة الاختيارية ... الحيازة ، ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت )<sup>(٢)</sup> .

ويؤدي التلازم بين الحقوق والمصالح على هذا النحو إلى وجوب التقيد في استعمال الحقوق بالمصالح التي أُنيطت بها ، وعمل نظرية التعسف هو الرقابة على استخدام الحقوق .

٣٤٥ - التعسف : لغة تاريخية . اشتمل التفكير القانوني للرومان على بعض التطبيقات العملية لنظرية التعسف . وقد نص أحد فقهاءهم على أن ( من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الجفر حتى قطع العروق النابتة في عين لجاره لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر ، ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الجفر من شأنه أن يسقط حائط الجار )<sup>(٣)</sup> . ولم تجد هذه التطبيقات الجزئية طريقها إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب ، من بينها احتفاء هذا التفكير بالحقوق الفردية ، وضمور مفهوم المسؤولية التقصيرية . وما يرشد إلى هذا الاحتفاء بالحقوق الفردية وجود قاعدة ( من استعمل حقه فما ظلم )<sup>(٤)</sup> في التفكير القانوني الروماني . ويشير برنارد شفارتز إلى بحث نشر عام ١٩١٤ م تضمن تعريف الملكية في القانون الروماني بأنها هي حق استعمال الشيء واستهلاكه ، مما يعني أن حق الملكية ينطوي على حق استعمال الشيء على أي نحو ، ولهذا اتجه البعض إلى أن حق الملكية في هذا القانون كان ينطوي على الحق في استعمال الأشياء استعمالا ميبثا<sup>(٥)</sup> .

(١) مصادر الحق للسنهوري : ٣٦/١ وما بعدها .

(٢) السابق : ٦٥/١ .

(٣) السابق : ٨٣٥/١ .

(٤) للمسؤولية المدنية للأستغلين حسين عامر ، وعبد الرحيم علم : ص ٢١٧ .

(٥) تاريخ القانون في أمريكا ، برنارد شفارتز ، ترجمة ياقوت المشاوي : ص ١٨٦ .

وقد ساد الاتجاه في الغرب إلى إعلاء الحقوق الفردية والنفور من تقييد سلطان الملكية في القرن الثامن عشر ، وبلغ هذا الاتجاه ذروته في النصف الأول من القرن التاسع عشر . وغلب الشعور في هذه الأثناء بأن وظيفة القانون هي حماية حقوق الملكية المقدسة باعتبارها الأساس لصون حرية المواطن وحياته وشرفه<sup>(١)</sup> . وترجع هذه المغالاة إلى سيادة مذهب الحرية الاقتصادية *Laissez Faire* في القرن التاسع عشر وإلى ظروف الثورة الصناعية والحاجة الاجتماعية إلى إطلاق حرية الملكية وحماية الصناعات الناشئة من أى تدخل يبطئ تقدمها .

٣٤٦ - وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر غيرت المحاكم في الغرب نظرتها ، ومالت إلى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقوق *Abuse of rights* قاضية بأن حق الملكية ينتهي حيث تبدأ إساءة استعماله .

ويناقش القانون الإنجليزي والقوانين المتفرعة عنه أحكام التعسف تحت عنوان *Nuisance* الذي يترجم للعربية بالمضارة . وشهدت المحاكم الغربية منذ هذه الفترة توسعا في تطبيق هذه النظرية استجابة لتعقد الحياة الاجتماعية وتعارض الحقوق وتنوعها ونمو الوعي بوجوب الحفاظ على المصالح الاجتماعية . وأعيد في هذه الظروف تفسير القانون الروماني حتى تتضمن نصوصه الاعتراف بنظرية التعسف لإكسابها القوة اللازمة للتطبيق في النصف الثاني من القرن التاسع عشر وما بعده .

٣٤٧ - في الشريعة الإسلامية : ولا يبعد أن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر القوانين الغربية في التعرف على نظرية التعسف في استعمال وصياغة هذه النظرية ، بل هو الأقرب إلى التأثير في هذه القوانين من القانون الروماني الذي يعد مصدر هذه القوانين في التعرف على هذه النظرية . ويترجح افتراض تأثير الفقه الإسلامي على القوانين الغربية بخصوص هذه النظرية إذا ما قورن بالافتراض الشائع الآخر نظرا لأمرين :

(١) السابق : ١٢٨ .

أولهما : عدم نضج النظرية في القانون الروماني واكتناها في فقه الشريعة على نحو يقترب من الصورة التي تبنتها هذه القوانين في النصف الثاني من القرن التاسع عشر :

والإيجاز أن الفقه الإسلامي أقرب إلى هذه القوانين زمانا وأوثق اتصالا بها ، لوجود كتبه وترجمة كثير منها في القرن التاسع عشر إلى اللغات الأوروبية . وقد عهد إلى الإنجليز أنفسهم بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في شبه القارة الهندية لفترة طويلة تزيد على قرنين .

وقد حرصت لجنة صياغة القانون المدني المصري الجديد على الأخذ بقواعد الفقه الإسلامي في هذا الموضوع ، واستمدت من هذا الفقه الضوابط التي تحكم إساءة استعمال الحق . ولا يخفى المرء مع ذلك باختلاف نصوص القانون المدني المصري في هذه النظرية عن القانون الفرنسي . ويرشدك هذا إلى احتمال استمداد القانون الفرنسي من المصدر الذي أخذ منه القانون المدني المصري في موضوع التعسف .

٣٤٨ - وقد ناقش الفقهاء أحكام حالات كثيرة من التعسف في أحكام الجوار وحقوق الارتفاق وفي بحثهم لأحكام الإتلاف والحجر . وقد ناقش الإمام السرخسي جملة من أحكام التعسف مما يتعلق بجنابة الراكب وما يحدث الرجل في الطريق والحائط المائل والبحر وما يحدث فيها والنهر وما يحدث الرجل في المسجد والسوق ، وذلك في آخر الجزء السادس والعشرين والجزء السابع والعشرين من كتابه المبسوط ضمن كتاب الدييات . وفي المادة ١١٩٢ إلى ١٢٣٤ من مجلة الأحكام العدلية بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والمعاملات الجوارية والانتفاع بالطريق وحقوق المرور والجري والمسيل . وفي الباب الثامن والأربعين من معين الحكماء للطرابلسي بيان أحكام هذه المعاملات<sup>(١)</sup> . وأوضح ابن حزم أحكام بعض هذه العلاقات في آخر كتاب إحياء الموات ، تحت عنوان خاص هو ( المرفق )<sup>(٢)</sup> . وفي تبصرة الحكم لابن فرحون والأصل للشيباني إلحاق

(١) ص : ١٦١ .

(٢) إخل ٢٣٨/٨ ، ٢٤١ وما بعدها .

مسائل التعسف بأبواب الضمان . ويناقش المالكية مسائل التعدي في الملك في أبواب الشركات عقب بيان أحكام شركة الجبر التي ترادف شركة الملك عند غيرهم<sup>(١)</sup> . أما الخنابلة فيناقشون هذا الأمر تحت عنوان أحكام الجوار ، ويلجئ أحيانا بكتاب الصلح<sup>(٢)</sup> . ويرشد هذا إلى تشتت معالجة الفقهاء لمسائل التعسف على الرغم من وضوح النظرية في أذهانهم كل الوضوح وتقعيد الأصوليين منهم لأسسها ومعاييرها العامة .

٣٤٩ - قضية مصطلح التعسف : لم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين ، وإنما وردت بدلا منه كلمة التعت في المعنى نفسه عند الكاساني ، كما وردت كلمة ( المضارة في الحقوق ) في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية فيما أشار إلى موضعه الدكتور محمد شوقي السيد<sup>(٣)</sup> ، وهو الذي اختاره المرحوم أبي زهرة عنوانا على مفهوم التعسف .

ويتفق التعت والعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير . ويفيد التقييد بشبه الجملة ( في الحقوق أو في استعمال الحقوق ) . بيان سبب الظلم أو الإيذاء والإضرار . ويجوز إطلاق التعسف أو التعت أو المضارة بهذا التقييد عنوانا على نوع خاص من الظلم ، هو الناشئ عن إساءة استعمال الحق أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من شرعه . وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعت والمضارة في الحقوق من اللغة الفقهية ووضوح معناهما فإن اصطلاح التعسف هو الأكثر تداولاً والأشهر استعمالاً لدى القانونيين وطلاب الفقه الإسلامي على السواء ، ولا بأس باختياره ما دامت الاصطلاحات لا مشاحة فيها إذا اتضحت معناها .

٣٥٠ - وقد عرف الدكتور فتحي الدريني التعسف من الوجهة الفقهية بأنه : ( مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل )<sup>(٤)</sup> .

(١) حاشية الدسوقي : ٣٦٠/٣ وما بعدها . (٢) كشف القناع : ٤٠٤/٣ وما بعدها .

(٣) البائع : ٢٦٤/٦ .

(٤) التعسف في استعمال الحق : ص ١٠١ والطرق الحكمية : ص ٣١٠ .

(٥) أسير الفقه الإسلامي بحث المرحوم أبي زهرة في التعسف نقلا عن المصدر السابق .

ويرشد هذا التعريف إلى المعنيين الأساسيين اللذين يتألف منهما التعسف ، وهما :

الأول : المناقضة لقصد الشارع ، مقصودة أو غير مقصودة . ومن الأول وهو أقدم صور التعسف أن يعتمد المكلف المخالفة ويقصد إلى الإضرار ، أو يتحيل بفعل المباح لإسقاط واجب شرعى أو لارتكاب محرم . وتؤثر النية في حكم الفعل طبقا للقاعدة الشرعية القاضية بأن الأعمال بالنيات . وبعبارة الشاطبي فإن ( العمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك . بل يقصد به شيء فيكون إيمانا ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا كالسجود لله أو للصنم . وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون ) . ويكفى لتوضيح تأثير النية أن القتل إذا اقترن بها يكون عمدا موجبا للقتل وإذا خلا عنها كان خطأ موجبا للدية والعقوبة التعزيرية .

والثاني : كون الفعل مباحا في الأصل . أما لو كان من قبيل المحرم فلا يعد فعله تعسفا في المجتمع بحق ، لحرمة ارتكابه وخروجه من دائره الحقوق أو المباحات . وكذا لو كان الفعل واجبا ويعد التجاوز فيه من قبيل إساءة استخدام السلطة . ويوضحه أن الواجب على الأب أن يؤدب ولده ، وبأنهم شرعا ترك هذا الواجب ، فإذا أساء أداء هذا الواجب كان متعسفا في استعمال السلطة التي أولاها له الشارع .

٣٥١ - حكم المباح باستعماله استعمالا مملوما :

ويرد التعسف على الأفعال المباحة بحسب أصلها . وإنما يتغير هذا الأصل بالاستعمال المعلوم الناشئ عن أى من الأمور التالية :

- ( أ ) القصد السيئ إلى الإضرار بالغير .
- ( ب ) عدم الاكتراث أو التبصر أو اتخاذ الحيلة لحماية حقوق الغير ومصالحه .
- ( ج ) الإهمال .

(٢) للمواقف : ٣٢٤/٢ .

(٣) نظرية التعسف في استعمال الحق : ص ٨٧ .

(د) الإضرار بمصالح الغير وحقوقه التي أوجب الشارع اعتبارها .

ويصير الفعل الذي كان مباحا بأصله إلى الحرمة لما صحبه من قصد أو نرق أو إهمال أو لما يؤول إليه من الإضرار بالمصالح التي تكفل الشارع بحمايتها . وإذ يصير الفعل محرما بهذا الوجه فإنه يعد من التعدي الذي أوجب الشارع الامتناع عنه . وقد مال كثير من الكتاتين في التعسف من الوجهة الفقهية إلى اعتبار التعسف أعم من التعدي أو الخطأ باعتبار أن التعدي في الشريعة كما في القانون القانون ( لا يستند إلى حق أصلا )<sup>(١)</sup> ، أو أنه لا يجري في فعل المباحات بحسب الأصل . وقد نسي الذين رأوا هذا الرأي أنه لا فرق في الحكم الشرعي ، وهو الحرمة ، بين ما كان في أصله كذلك وبين ما صار إليها بالنظر إلى ماله وهو الإضرار أو ما اقترن به وهو النية أو الإهمال والتقصير . وإذ حكم على الفعل بالحرمة لأصله أو وصفه فإنه يصير من باب التعدي .

وقد أحسن لذلك كل من أبي زهرة وأبي سنة في اعتبار التعسف من باب التعدي بالتسبب ، إدراكا منهما لعموم معنى التعدي في الفقه وشموله كل صور الإضرار بالغير ، سواء ما كان منها من التعسف ( الفعل المباح بأصله ) أو غيره . ولا يعني قيام التعسف على قاعدة سد الدرائع والنظر إلى المآلات إخراجاه من التعدي ، فإن الدريمة تأخذ حكم تيجتها أو مآلها ، فإن كانت تؤدي إلى واجب فواجبة وإلا كانت ممنوعة محرمة ، واعتبرت من التعدي الموجب للضمان .

ولا ينال اعتبار التعسف من التعدي الاتجاه إلى أفراد النظرية بنص عام يتناول استعمال جميع أنواع الحقوق ولا يختص بالمسؤولية التقصيرية وأسباب الضمان . ولهذا فقد نص القانون المدني المصري على أحكام استعمال الحق والتعسف في مادتيه الرابعة والخامسة ولم يعالج ذلك ضمن تناوله لأحكام المسؤولية التقصيرية . وقد كان من الأوفق فيما يبلو لي أن يشار في أحكام المسؤولية التقصيرية إلى النص العام المتعلق بالتعسف ، باعتبار أن الحكم بالضمان هو أهم نتائج المواخذة على التعسف .

(١) نظرية الصف في استعمال الحق للذكفر قضي الدري : ص ٧٣ .

٣٥٢ - الأسس العامة للتعسف في الشريعة : يقوم التعسف في الشريعة على المبادئ التالية :

(أ) الربط بين أحكام الأفعال وغاياتها أو المصالح التي شرعت من أجلها ، بحيث يتغير الحكم بتغير المصالح أو المفاصد المترتبة على هذه الأفعال . هذا هو النظر إلى المآلات . فالزواج واجب على سبيل المثال إذا كانت العزوبة تؤدي إلى تيقن الوقوع في الزنا ، ومحرم إذا كان يؤدي إلى الظلم ومكروه إذا خيف من الوقوع فيه ، ومندوب إليه مع القدرة والخوف من الوقوع في الزنا ومباح مع القدرة عند الاعتدال .

(ب) وجوب موافقة قصد المكلف من الفعل الذي يؤديه لقصد الشارع من شرع هذا الفعل . وقد عبر الشاطبي عن هذا المبدأ بوضوح بالغ . وعبارته في هذا المعنى : ( قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع . والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة ؛ إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والمعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى على ذلك في أفعاله وألا يقصد بخلاف ما قصد الشارع . ولأن المكلف خلق لعبادة الله وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة .. وأيضا فقد مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والتحسينيات ، وهو عين ما كلف به العبد ، فلا بد أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك ، وإلا لم يكن عاملا على المحافظة ، لأن الأعمال بالنيات . وحقيقة ذلك أن يكون خليفة الله في إقامة هذه المصالح بحسب طاقته ومقدار وسعه . وأقل ذلك خلاقته على نفسه ، ثم على أهله ، ثم على كل من تعلقت له به مصلحة . ولذلك قال عليه الصلاة والسلام : « كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته » . وفي القرآن الكريم : ﴿ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُتَخَلِّفِينَ فِيهِ ﴾ وإليه يرجع قوله تعالى : ﴿ إِنْ جَاهِلُ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، وقوله : ﴿ وَيَسْتَخْلَفَكُمْ فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرْ كَيْفَ تَعْمَلُونَ ﴾ <sup>(١)</sup> . وقد ذكر الشاطبي أيضا أن ( كل من انتهى في تكاليف الشريعة

غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة . وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل .  
فمن ابتغى في التكليف ما لم تشرع له فعمله باطل<sup>(١)</sup> . ويعنى هذا أن  
للمباحات غايات ومصالح معينة قصد الشارع إليها بشرعه الحكم ، فإذا وافق  
قصد المكلف الغاية التي شرعت الإباحة من أجلها استمر الفعل على الإباحة  
وإلا تغير الحكم .

(ج) رفع الضرر طبقا لما نصت عليه آيات القرآن الكريم وأحاديث  
النبي ﷺ .

٣٢٠ - معيار التعسف : تتنوع معايير التعسف إلى ما يلي :

أولا : معيار القصد أو النية ، وهو المعيار الشخصي في الكتابات القانونية .  
ويوضحه أحد الرواد في إذاعة نظرية التعسف في فرنسا ، وهو جو سران ، بقوله :  
( إن ذلك التاجر الذي يتوسع في أعماله يعلم تماما أن عملاءه يُقْتَطَعُونَ  
من عملاء أقرانه التجار ، وقد يكون في ذلك إفلاس بعضهم )<sup>(١)</sup> . وإنما يتحقق  
هذا المعيار بأن يقصد المرء إلى الإضرار بالغير . ويشير الشاطبي إلى هذه الصورة  
بالتفريق بين تمحيض القصد إلى الإضرار وبين العمل على جلب المصلحة ودفع  
المفسدة مصحوبا بالقصد إلى الإضرار ، كالمرخص في سلعة قصدا لطلب معاشه  
والإضرار بغيره وفي رأيه أنه لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو  
إضرار ، لثبوت الدليل على ألا ضرر ولا ضرار في الإسلام . لكن يبقى النظر  
في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير ، هل يمنع  
منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقى على حكمه الأصل من الإذن ، ويكون عليه  
إثم ما قصد ؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة . وهو جار على مسألة الصلاة  
في الدار المفصورة . ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلا وهو أنه إما أن يكون  
إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة أو درأ تلك  
المفسدة حصل له ما أراد أولا . فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه ، لأنه  
لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فليقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من  
ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار . وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي

(١) نقل عن التعسف في استعمال الحق للفتاوى عند شوق السيد : ص ١٢٩ (٢) السابق : ٣٢/٢ .

يستتضر منها الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم ، وهو ممنوع من قصد الإضرار . ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق فإنه إنما كلف بنفى قصد الإضرار ، وهو داخل تحت الكسب لا بنفى الإضرار بعينه (١) .

ومقاد هذا النص :

- يمنع المرء من الفعل إذا تمحض قصده للإضرار بالغير أو كان مظنة القصد إلى ذلك . فالقصد إلى الإضرار في الوصية حرام شرعا ، لقوله تعالى : ( من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار ) ، ومنع منها إذا كانت لو ارث ، ومنع مما زاد على الثلث إذا كانت لأجنبي بما يجاوزه إلا بإذن الورثة ، كما يمنع منها في رواية عن مالك وفي قياس مذهب أحمد (٢) .

- يحرم الفعل كذلك إذا اجتمع فيه قصد نفع النفس ونية الإضرار بالغير ، كالمخمس في سلحته لتحقيق منفعته وإضرار غيره من التجار ، ومنع فاعله من فعله إذا وجد طريقا لتحقيق منفعته دون إضرار بغيره . فمن يحفر بئرا في أرضه قريبا من بئر غيره بحيث يؤدي حفر البئر الجديد إلى نضوب القديم يؤمر بأن يحول بئره إلى مكان أبعد في أرضه تجنباً لتعطيل بئر جاره إن وجد سبيل لذلك ، وإلا لم يمنع ، حتى لا يتحمل هو الضرر لنفع غيره . ويؤمر مع ذلك بعدم القصد إلى الإضرار بغيره .

ثانيا : معيار النظر إلى نتيجة الفعل وثمرته ، بحيث يعد الفعل تمسقا طبقا لما أجمله الشاطبي في الأحوال التالية :

( أ ) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح العامة ومنع فاعله ، ( لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة . وقد زادوا في مسجد رسول الله ﷺ من غيره ، مما رضى أهله ومالا ، وذلك يقضى بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص ، لكن بحيث لا يلحق الخصوص

(١) المواقف : ٣٤٩/٢ .

(٢) أحكام القرآن للقرطبي : ٨٠/٢ ، ٨١ .

(٣) أي لم يرض أصحاب الأرض التي أحلت في المسجد .

مضرة<sup>(١)</sup> . ويتفق هذا الاعتبار إلى حد ما مع معيار الغاية الاجتماعية الذي نادى به (جوسران) في تمييز أفعال التعسف . وفي رأيه أن الحقوق لها وظائف اجتماعية وأن غاياتها مرسومة محددة ، (بحيث يعد متعسفا في استعمال حقه من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة أيما كانت المصلحة الشخصية التي يهدف إليها من جراء استعمال الحق)<sup>(٢)</sup> . ويختلف هذا النظر عما أخذ به الشاطبي ، فقد أطلق (جوسران) الانتصار للمصلحة العامة على حين أن الشاطبي فيما يبدو لا يشترط في تقديم المصلحة العامة العمل على جبر الضرر الخاص ما أمكن .

(ب) تهديد الفعل لمصلحة من المصالح الخاصة ، بحيث يكون أداؤه إلى الإضرار بالغير لازما أو ظنيا أو كثيرا .. فإن كان الأداء إلى المضرة لازما منع فاعله من هذا الفعل ، لأن توخيه لهذا الفعل مع ما فيه من مضرة ( لا بد فيه من أحد أمرين إما تقصير في النظر بالمأمور به ، وذلك ممنوع ، وإما قصد إلى نفس الإضرار ، وهو ممنوع أيضا ، فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل . لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة<sup>(٣)</sup> . أما إن كان الأداء إلى المفسدة مظنونا احتملا فيترجح المنع من الفعل واعتبار فاعله متعديا وإن لم يقصد إلا مصلحة نفسه من جهة أنه مظنة التقصير<sup>(٤)</sup> . ويختلف ذلك عما إذا كان أداء الفعل إلى المفسدة نادرا فإنه لا يعد من التعسف ، ويحمل على أصله من الإذن ، (لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا عبرة بالنسور في اغترافها ، إذ لا توجد مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجارى الشرع غلبه المصلحة ولم يعتبر نسور المفسدة إجراء للشرعيات مجزئ العاديات في الوجود . ولا يعد هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة مع معرفته

(١) المواقف : ٣٥٠/٢ .

(٢) نقلا عن التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوق السيد : ص ١٣٧ .

(٣) المواقف : ٣٥٨/٢ .

(٤) المواقف : ٣٦٠/٢ .

بندور المضرة عن ذلك تقصيرا في النظر ولا قصدا إلى وقوع الضرر فالعمل إذا باق على أصل المشروعية<sup>(١)</sup> .

(ج) عدم التناسب بين المصلحة المرغوبة وبين المضارة المتوقعة ، وذلك إذا كانت المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، أو مؤدية إلى ضرر فاحش يلحق بالغير .

---

(١) الساب ٣٥٩/٢ .

## المبحث الثاني : التصرف في الملك

٣٥٤ - مذهب الأحناف : يصور الكاساني مذهب أبي حنيفة في نوع الحق الذي يثبت للمالك على ملكه تصويراً لم أجده عند غيره ، حيث يبدأ بذكر القاعدة الضابطة للمذهب الإمام ثم يتنى بذكر ما يتفرع عنها . وعبارته في ذلك : ( حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ، ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق . وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة . وكذلك حكم الحق الثابت في المثل . ) إذا عرف هذا فنقول : للمالك أن يتصرف في ملكه أى تصرف شاء ، سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أولاً يتعدى ، فله أن يبنى في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحي أو تنوراً وله أن يقعد في بنائه حداداً أو قصاراً ، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو دهباساً<sup>(١)</sup> وإن كان بين من ذلك البناء ، ويتأذى به جاره . وليس لجاره أن يمنعه ، حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يغير عليه ، لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل والمنع منه لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع . إلا أن الامتناع عما يؤدي الجار ديانة واجب للحديث : قال عليه الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه . ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لأنه لا صنع منه في ملك الغير<sup>(٢)</sup> .

ويرشد ما سبق إلى أن مذهب متقدمي الأحناف هو تقييد حق المالك في التصرف في ملكه بالنظر إلى الحقوق القانونية لغيره في ملكه لا بالنظر إلى الإضرار بالغير . ومفاده أن للمالك أن يتصرف في ملكه على أى وجه شاء وإن

(١) الدهباس هو الحمام كما جاء في القاموس المحيط والمعجم الوسيط .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٦٤/٦ .

أضر بغيره على الرغم من حرمة هذا الضرر ديانة ، لكن لا يمنع منه قضاء ، لكن لا يجوز للمالك أن يؤدي تصرفه إلى التأثير في حقوق ملك غيره . ولذا لا يجوز أن يزرع زرعاً أو شجراً تبدل أغصانه وفروعه إلى ملك الجار ، ويؤمر بقطع الأغصان المتدلية ، لا لإضرارها بالجار بل لشغلها ملكه دون إذنه ، وهو لا يجوز .

غير أن متأخري الأحناف قد شغلهم فيما يبدو إضافة قيد آخر إلى حق التصرف في الملك ، هو عدم الإضرار بالغير ( ضرراً يينا ) بتعريض الحموى الذي أشار إلى الخلاف بين المتقدمين من الأحناف وبين المتأخرين في توضيحه للحكم بالمنع من اتخاذ حائوت للطبخ بين البرازين . وقوله في هذا الصدد : ( اعلم أن في جنس هذه المسائل اختلافاً حاصله أنه لا يمنع على أصل الإمام ، وهو أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن لحق بالغير الضرر . وأفتى بهذه الطائفة . لكن ترك غالب المتأخرين ذلك في موضع يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضرراً يينا ، وقالوا بالمنع ، عليه الفتوى في كثير من المتعبرات )<sup>(١)</sup> . وقد أدى الأستاذ لمعيار الضرر إلى تطور في المذهب الحنفي ذي مغزى عميق الدلالة فيما يتعلق بالنظر إلى حق الملكية .

ويسجل البغدادي في مجمع الضمانات جنبا إلى جنب فتاوى متناقضة تتضمن إيجاب الضمان للتصرف في الملك تصرفاً ضاراً بالغير وعدم إيجابه في أحوال مماثلة . ولا حل لهذا التناقض إلا برد الفتاوى التي لا توجب الضمان بهذه التصرفات إلى المرحلة المتقدمة في المذهب ، ورجع الفتاوى التي توجبها إلى مذهب متأخري الأحناف .

أما المجلة العدلية فقد أخلت بمذهب المتأخرين وأوجبت الضمان في تصرفات المرء في ملكه إذا أدت هذه التصرفات إلى الإضرار بالغير ضرراً فاحشاً . وفي المادة ١١٩٩ من هذه المجلة تعريف الإضرار الفاحش بأنه هو ( كل

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للحموى : ١٢١/١ .

ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالكسب أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب إتهامه ( . وفى المادة ١١٩٢ النص على تقييد التصرف فى الملك بعدم التعرض لحقوق الغير ، ولفظها : ( كَلَّ يُتَصَرَّفُ فى ملكه كيف شاء . لكن إذا تعلق حق الغير به . فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال .. ) ويتفرع عن ذلك ما جاء فى المادة ١١٩٥ من هذه المجلة بلفظ : ( من أحدث فى داره بيتا فليس له أن يبرز رفرافه على هواء دار جاره ، فإن أبرزه يقطع القدر الذى جاء على هواء تلك النار ) . لكن المادة ١١٩٨ تضيف إلى قيد ( حق الغير ) قيد ( عدم الإضرار بالغير . ضررا فاحشا ) حسبا أخذ به متأخرو الأحناف ، ولفظها : ( كل أحد له التحل على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا ) .

ومع ذلك فقد توسعت لجنة المجلة فى اعتبار أضرار كثيرة من قبيل الضرر الفاحش ، مع أن بعض هذه الأضرار لا يدخل فى الضرر الفاحش بالتحريف الذى تضمنته المادة ١١٩٩ السالفة الذكر ، والتي حددت هذا النوع من الضرر بما يضعف الملك ويؤثره ويؤدى إلى زواله أو بما يمنع منفعة الأصلية المقصودة منه . وتشمل الأضرار المضمونة حسبا جاء فى المادة ١٢٠٠ وما بعدها الأمور التالية :

( أ ) إضعاف البناء : من ذلك أن يتخذ أحد إلى جوار دار ( دكان خندار أو طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن ... وكذا لو كان لرجل عريضة متصلة بدار آخر فشق فيها نهرا إلى طاحونه ، وجرى الماء يوهن جدار النار ، أو اتخذ أحد فى أسس جدار جاره منزلة ، وإلقاء القمامة بضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع الضرر ... كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضررا فاحشا فإنه يكلفه رفع ضرره . وكذلك إذا كان لرجل سيات فى داره فانشق وتضرر جاره من جرى مائه ضررا فاحشا فبناء على دعواه يلزم تعمير ذلك السيات وإصلاحه )<sup>(١)</sup> .

(١) المادة : ١٢٠٠ من المدلية .

(ب) منع المنفعة الأصلية المقصودة من الملك : ويشمل ذلك كلا من الأمور التالية :

- الرائحة السيئة : يمنع من إحداث قرن أو معصرة إلى جوار دار لا يستطيع صاحبها السكنى فيها ( لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة . فهذا كله ضرر فاحش بأى وجه كان يدفع ويزال )<sup>(١)</sup>.

- سد الضياء : ( سد الضياء بالكلية ضرر فاحش . فإذا أحدث رجل بناء سد به شبك بيت جاره ، حتى صار لا يقدر على القراءة من الظلمة فله أن يكلفه رفع الضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب . وإن كان لهذا المثل شبكان سد أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا تعد ضرراً فاحشاً )<sup>(٢)</sup> ..

- الغبار : ( لو أحدث رجل يهدأ في قرب دار آخر وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها فله أن يكلفه رفع ضرره )<sup>(٣)</sup> .

- المدون على حق الخصوصية والاطلاع على الأماكن المخصصة للنساء كالمطبخ وصحن الدار : ( رؤية المثل الذى هو مقر النساء كمصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرراً فاحشاً . فإذا أحدث رجل في داره شبكاً أو بناء مجدداً وجعل له شبكاً مطلاً على المثل الذى هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر .. إما ببناء حائط أو وضع طيلة ، لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية )<sup>(٤)</sup>.

أما حجب الهواء ومنع دخول الشمس وحجب النظر والرؤية فليس من الضرر الفاحش<sup>(٥)</sup> . لكن القضاء الانجليزي قد اعتبر حجب النظر في قضية Campbell v. Paddington ضرراً يتعين رفعه وفى هذه القضية أقام المدعى عليه منصة تستوعب عدداً من المشاهدين لبعض

(١) المادة السابقة .

(٤) للمادة : ١٢٠٢ من المدلية .

(٢) للمادة : ١٢٠١ من المدلية .

(٥) للمادة : ١٢٠١ من المدلية .

(٣) للمادة : ١٢٠٠ من المدلية .

المسابقات الرياضية مما أدى إلى حجب رؤية هذه المسابقات من شرفة المدعى التي كان يقوم بتأجيرها. ويقترب المذهب الحنفى بما أضافه المتأخرون وبما فسره مجلة الأحكام العدلية من المذهبين المالكي والحنبلى في التصسف .

٣٥٥ - مذهب الظاهرية والشافعية : لا يتقيد حق المالك في ملكه عند الظاهرية بمراعاة نفع غيره . وعبارة ابن حزم في هذا الصدد : ( لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقا )<sup>(١)</sup> . ولكن لا يجوز للمالك أن يؤدي تصرفه إلى الافتيات على حق غيره في ملكه . يرشد إلى هذا قول ابن حزم : ( ليس لأحد أن يرسل ماء سقفه أو داره على أرض جاره أصلا . فإن أذن كان له الرجوع متى شاء ، لقول رسول الله ﷺ : « إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام » . فأطلاقه ماء داره على أرض جاره تصرف منه في مال غيره ، وهو عليه حرام . والإذن في ذلك إنما هو ما دام إذا لأنه لم يملك الزقبة ، والإذن في شيء ما اليوم غير ما لم يؤذن له فيه غدا بلا شك وبالله التوفيق )<sup>(٢)</sup> .

وتفريعا عليه فإنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه وإن أدى إلى الإضرار بغيره إذا لزم هذا الإضرار عن هذا التصرف ، ولا يمنع منه . أما إذا لم يقتض التصرف الضرر واستقل فإنه يمنع من هذا الضرر . ولعل هذا ما ترشد إليه الفروع التي أوردها ابن حزم ، فعنده أن ( لكل أحد أن يعلى بنيانه ما شاء وإن منع جاره الريح والشمس لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيع له . ولكل أحد أن يبنى في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو كمد أو غير ذلك ، إذ لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك )<sup>(٣)</sup> . وكذلك يجوز عنده ( لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة أو باب أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره أو في درب غير نافذ ، ويقال لجاره ابن في حقلك ما تبستر به على نفسك إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط )<sup>(٤)</sup> .

(١) المحل : ٢٤١/أ .

(٣) السابق .

(٤) السابق : ٢٤١/أ .

(٢) المحل : ٢٤٢/أ .

ومفاده أن للمالك أن يتصرف في ملكه بالتصرفات المباحة ، لا يمنع من شيء منها عموما ، وإن أضر هذا بغيره . وإنما يمنع من التصرفات غير المباحة كالإطلاع على عورات الجار عموما لحزمة ذلك في الشرع ، كما يمنع من التصرفات الضارة المقصودة أو التي لا يؤدي تجنبها إلى تعطيل حقوق الملك . وهذا هو ما يستنتج من قول ابن حزم : ( ولا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى وقد حرم الله تعالى إيذاء المسلم ) . وهو بهذا يعترف بنوع من التعسف الخاص بالأضرار المقصودة أو التي لا تلازم بينها وبين الاستمتاع بحقوق الملكية .

وإذا كان ابن حزم يذهب إلى إطلاق حرية المالك في ملكه بالاستناد إلى النصوص فإنه يقترب من مذهب الحرية الاقتصادية Laissez Faire الذي أذاعه آدم سميث في القرن التاسع عشر . وطبقا لهذا المذهب فإن الحرية الشخصية والملكية الفردية توأمان متلازمان ويفضي كل منهما للآخر . ومع ذلك فإن النصوص السابقة الذكر تدل على أن ابن حزم كان يميل إلى تقييد التصرف في الملك بحقوق الغير في التصرف في ملكه وبألا يكون الضرر مقصودا أو التصرف مشروعا .

٣٥٦ - ويطلق الشافعية كذلك حرية المالك ولو ترتب عليها الإضرار بغيره ، ويرون أنه لا يمنع من التصرف في ملكه مراعاة لإضرار هذا التصرف بغيره ، حتى لا يحمل عليه في ماله ما ليس بواجب عليه<sup>(١)</sup> . وتقرهما على ذلك صرح بعضهم بجواز فتح كوة مشرفة على الجار وعلى حرمة ، وليس للجار منع المالك من فتح هذه الكوة ، ( لأنه إذا أراد رفع جميع الحائط لم يمنع منه فإذا رفع بعضه لم يمنع )<sup>(٢)</sup> ، وإمكان دفع الجار للضرر عن نفسه ببناء ما يستر في ملكه<sup>(٣)</sup> . ويستند هذا المذهب إلى القاعدة القاضية بأن الجواز الشرعي ينال الضمان . فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر .

(١) الأم : ٢٢٢/٣ .

(٢) معنىحتاج للشريبي الخطيب : ١٨٧/٢ ، وحاشية الجمل : ٣١٣/٣ .

٣٥٧ - مذهب المالكية والحنابلة : اعتبر المالكية والحنابلة المآلات

في النظر إلى الأفعال والحكم عليها ، فالفعل مجرم إذا كان يؤدي إلى ما نهي عنه الشارع . وعلى المكلف النظر إلى ما يحتمل أن يؤدي إليه فعله ، فإن كان يؤدي إلى المفسدة لا زما أو كثيرا أو غالبا وجب عليه الامتناع عن هذا الفعل وإلا ضمن ، من جهة أن إقدامه على الفعل مع أدائه إلى المفسدة على هذا النحو مظنة القصد إلى المفسدة أو التقصير في النظر للمأمور به شرعا إلى ما يؤول إليه فعله ، فيكون متعديا في ذلك وهو سبب الضمان على ما قد علمت مما ذكرته للشاطبي . والنظر إلى المآلات هو أساس الحكم بالتعدي في الإهمال وفي كثير من أنواع التعدي بالتسبب . ولا يعد الفعل من التعدي إذا كان أدائه إلى المفسدة نادرا .

وبقابل النظر في مآلات الأفعال معيار توقع نتائج السلوك  
Foreseeability في القانون الانجليزي . ومفاد هذا المعيار أن الفعل لا يعد خطأ  
موجبا للتعويض إذا لم يكن بوسع الشخص المعتاد Reasonable man أن يتوقع  
النتيجة التي ترتبت على هذا الفعل لندرة حدوثها بعده . ويكون الفعل خطأ إذا  
كان بوسع الرجل المعتاد أن يتوقع to foresee ما يؤول إليه الفعل .

٣٥٨ - قيد المالكية والحنابلة من أول الأمر استعمال الحق بأمرين .

الأول : عدم التعدي على حقوق الغير ، سواء استضرر الغير بهذا التعدي  
أم لا . فمن يزرع شجرة تمتد فروعها إلى هواء أرض الجار يؤمر بقطع هذه  
الفروع . ولا يدفع تعديه إثبات انتفاع الغير بظل هذه الفروع وعدم استضراره  
بامتدادها ، لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز إلا برضاه . وإلا لانتفح باب  
واسع للتسلط على أموال الآخرين بحجة نفعهم ، وهو مناف لمفهوم حق الملكية .  
الثاني : عدم الإضرار بالغير إذا كان مآل الفعل إلى الضرر لازما أو كثيرا  
غالبا .

ويشمل التعدي بهذا الاعتبار عندهم كلا من :

( أ ) القصد إلى الإضرار .

( ب ) التصرف في الملك على وجه الإهمال إذا ترتب عليه الإضرار بالغير .

من ذلك أن يوقد نارا في أرضه في يوم ريح لإحراق الحشائش التي يريد إحراقها ، فإذا تعدت إلى أكداس جاره ضمن بتعديه في استعمال حقه<sup>(١)</sup> . ويتفق المالكية والحنابلة مع بعض محققى الأحناف من المتقدمين بخلاف لما أخذ به كبار أئمتهم ؛ ففي معين الحكم نقلًا عن الجامع الصغير لـ محمد بن الحسن من كتاب الإجازات أنه لو استأجر أرضاً فأحرق الحصاد فاحترق كدس غيره لا يضمن . وينقل الطرابلسي عن السرخسي الضمان لو أحرقت الحصاد في يوم كان فيه ريح<sup>(٢)</sup> . وأمثلة كثيرة .

(ج) التصرف في الملك على الوجه المعتاد إذا لزم عنه الضرر بالغير أو غلب وكثر . وفي هذا يختلف المالكية والحنابلة عن غيرهم فإنهم يقيدون التصرف في الملك بعدم الإضرار بالغير بأدلة شرعية لا تحصى ، على رأسها قوله عليه السلام : لا ضرر ولا ضرار ، وقوله : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام .

٣٥٩ - ويتبع رأى المالكية والحنابلة في تقييد حق الملكية بعدم الإضرار بالغير ، جارا أو غير جارا ، نتيجة على قدر كبير من الأهمية ، هى التوسع في مسؤوليات شاغل العقار وحائزه . فلا يجوز له عند المالكية أن يجعل في جدار سورهِ قضيباً محدداً أو عيذاناً لتدخل في رجل من يريد الدخول إلى حائطه<sup>(٣)</sup> . وليس افتراض المسألة على إطلاقها . ويغلب على الظن تقييد عدم الجواز بالاستئثار وخفاء القضيب المحدد أو العيذان عن أعين من يريدون الدخول . أما لو كانت بارزة واضحة فيغلب على جواز اتخاذها في مذهب المالكية . يرشد إلى هذا التقييد

(١) لا يخفى شيرح القضايا المتعلقة بانتقال النار من أرض إلى ما حولها . ول قضية *Vauban v. Menier* (١٨٣٧) حذر للمدعى للمدعى عليه من أن إشماله للنار في أرضه قد يؤدى إلى انتقالها منها وإحراقها للحصاد الجانب لهذا المدعى . ورد للمدعى عليه بأنه سيضع هذا الاحتمال في اعتباره ، وأشعل النار التي انتشرت في أرض الجار وأضررت بممتلكاته . وقد حكم القاضي بمسؤولية المدعى عليه عن هذه الأضرار مشيراً إلى أن القانون ينظر إلى الفعل دون النية . وعبارة *Law looks at the action and not to the intention* . وهذا صحيح في الفقه الإسلامى بالنسبة للزعمات لا العقود والعهودات .

(٢) معين الحكم للطرابلسي : ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ولسان الحكم : ٢٨١ .

(٣) بصره الحكم : ٣٤٦/٢ .

مذهب الخنابلة والمالكية فيما لو حفر بئرا في داره وستره ليقع فيه الداخل فعليه ضمانه<sup>(١)</sup> وفي تبصرة الأحكام أن من حفر بئرا في ملكه ليتلف به سارقا فإنه يضمنه لو تلف بوقوعه فيه<sup>(٢)</sup> . ويضمن الخائز من باب أولى لو أهمل في اتخاذ ما يلزم لسلامة الداخلين إلى ملكه بإذنه ورضاه . فإذا غر الداخل للدار المأذون له في دخولها بالدرج المكسور في سلم هذه الدار فالضمان على صاحبها تخريجا على مذهب المالكية والحنابلة ، ويعد متعديا بإهمال إصلاح هذا الدرج والإذن لآثار بالدخول . ولا يبعد أن يجب الضمان على من يتخذ كلبا مؤذبا لحراسة داره من الداخل إذا عض غير المأذون له في الدخول . ولا يدفع هذا الضمان التعلل بخفه في الدفاع عن نفسه أو ماله ، لأن حالة الدفاع غير قائمة بشروطها المعتبرة . وفي تبصرة الأحكام البصر إلى هذه المسألة ؛ فقد جاء فيها أن ( من اتخذ كلبا لداره يعقر من يريد الدخول ضمن )<sup>(٣)</sup> .

٣٦ - ولا فرق عند المالكية والحنابلة في الأضرار المضمونة بالتعسف بين الأضرار المادية المتعلقة بأعيان الأموال وبين الأضرار الأخرى المتعلقة بمنفعتها أو بالانتفاع بها على الرغم من الموقف العام السائد في الفقه الإسلامي ، وفي القانون العرفي الانجليزي ، وهو الاتجاه إلى العناية بأعيان الأموال والحفاظ عليها ومنع الأضرار المتعلقة بها مع التساهل فيما يتعلق بالمنافع . وتتضح جهود المالكية والحنابلة في الحفاظ على أعيان الأموال ومنافعها والانتفاع بها بالنظر إلى أنواع الأضرار التي سعى هذان المذهبان إلى منعها عن طريق إلحاقها بالأضرار المضمونة . وفيما يلي إشارة موجزة إلى أنواع الأضرار التي أوجب علماء المذهبين جبرها والمنع منها .

(١) كشف النافع : ٧/٦ ، ٥١١٪ .

(٢) تبصرة الحكم : ٣٤٦/٢ .

(٣) السابق .

٣٦١ - الأضرار المضمونة في التعسف : تتنوع الأضرار المضمونة في الفقه الإسلامي تنوعا كبيرا قد يصعب على الحصر . وفيما يلي بيان بأهم هذه الأضرار :

أ - الإلتلاف والإضعاف كالتخاذل أو حفر قناة قريبة من جدار للغير . ومن ذلك سؤال مطرف عن ( النحل يتخذها الرجل . وهي تضر بشجر الناس إذا نورت ، أو يتخذ برجا في القرية للعصافير ليصيب من فراخها ، فقال : أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر الناس في زرعهم وشجرهم . وقال أشهب : النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت . وعلى أهل القرية حفظ زرعهم . وقاله ابن القاسم <sup>(١)</sup> .

ب - الإضرار بالصحة : يجبر المرضى بالأمراض المعدية على اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع انتشار هذه الأمراض وانتقالها إلى غيرهم . وفي كشف القناع أنه لا يجوز للجذماء مخالطة الأصحاء عموما ، ولا مخالطة أحد معين صحتهم إلا بإذنه . وعلى ولاية الأمر منعهم من مخالطة الأصحاء بأن يسكنوا في مكان مفرد لهم ونحو ذلك . وإذا امتنع ولى الأمر من ذلك أو المجلوم أثم . وإذا أصر على ترك الواجب فسق <sup>(٢)</sup> .

وهنسب فعل كل من المريض وولى الأمر إلى التعدي ، وهو ما يلازم فرض الضمان عليهما لو مرض أحد بمخالفتها الواجب عليهما شرعا . وهو يدل على أنه لا يشترط أن يكون الفعل الموجب للضرر ماديا . ولا يبعد وجوب الضمان طبقا لذلك على من اقتنى حيوانات مريضة بأمراض معدية إلى جوار مزارع لتنمية الحيوانات والطيور ، إذا انتقلت إليها الأمراض ذاتها وثبت برأى الخبراء قيام ركن السببية .

ج - الراجحة : مذهب متأخرى الأحناف المنع من اتخاذ ما يؤدي الجار

(١) تبصرة الحكام : ٣٥٦/٢ .

(٢) كشف القناع : ١٢٦/٦ .

برائحته . ويدلو أن المالكية والحافلة هم الذين عتوا بالنص على ذلك . فلا يجوز عندهم أن يحدث أحد مدبغة ، أو ( يفتح بقرب جاره مرحاضاً ولا يغطيه ، أو ما تؤذى رائحته ، لأن الرائحة المنتنة تحرق الخياشيم وتصل إلى الأمعاء فتؤذى الإنسان ، وهو معنى قوله ﷺ : « من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا يؤذيها ريح الثوم » . وكل رائحة تؤذى يمنع منها لهذا . قال : وبه الفعل (١) . وفي حاشية الدسوقي النص على المنع من اتخاذ ماله ( دخان كحمام وفرن ومطبخ وقمين ، ورائحة كدباغ ومذبح ومسمط ... للضرر الحاصل من ذلك . والمراد الحادث مما ذكر لا القديم ) (٢) . وما أصاب صاحب السعال من ضرر وضيق نفس بإثارة دخان فهو مضمون على من أثاره (٣) . وريح الطيبخ إذا كان يضر بامرأة حامل وجب الامتناع عن إعداد مثله ، وإن علم استضرارها بهذا الريح وأضرها في نفسها أو حملها فالإثم والضمان على الطابخ .

ولم يعترف القانون الإنجليزي بهذا النوع من الإيذاء أو المضارة Nuisance إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر .. ولم يتطلع مفكره إلى العمل على المنع من الأضرار غير العينية إلا في هذه الأثناء . ومن القضايا الراكدة في هذا الصدد قضية Benjamin v. Storr ( ١٨٧٤ ) ، حيث كان للمدعى خان ( قهوة ) في حديقة دير ، واعتاد للمدعى عليه أن يترك خيوله يهرتها التي تجرها أمام هذا الخان . ورفع المدعى الأمر إلى القضاء مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء اعتراض الخيول والعربة في الطريق على نحو يعوق المرور فيه ، ويمنع الضوء عن الخان ، ويصرف الرواد عنه للرائحة السيئة التي تبعث من الفضلات التي تلقيها هذه الخيول . وقد رأت المحكمة التعويض عن هذه الأضرار . وفي قضية St.Helen's Smelting Co. v. Tipping ( ١٨٦٥ ) اشترى المدعى أرضاً بمجوار مصنع الشركة المدعى عليها ، وثبت له فيما بعد تأثير

(١) تبصرة المحكم : ٣٦٩/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣٦٩/٣ واللبيع للكان للمد للذبح ، والمستط هو الإناء الذي يوضع فيه مصارين البيسة ورأسها وكروشها ويسط فيه ذلك في لئاء الحفر لإزالة قشرها .

(٣) للبدع : ٣٤٣/٨ .

الدخان المنبعث من هذا المصنع على الأشجار والنباتات المزروعة في هذه الأرض التي اشتراها . ودافع المدعى عليه بأن هذه المنطقة التي أقيم فيها المصنع منطقة صناعية ، وأن العمل يجري في هذا المصنع على النحو المألوف في المصانع المماثلة . وعلى الرغم من موافقة المحلفين Jurors على جريان العمل في المصنع بالأستلوب المألوف في غيره من المصانع فقد رأوا أن المكان الذي أقيم فيه لا يعد مناسباً ، وصدر الحكم بتعويض المدعى عن الأضرار التي لحقت به<sup>(١)</sup> .

د - الانتفاع بالأموال : تؤثر بعض الأضرار على منافع العقارات ، كحجب الضوء والشمس ومنع الريح عنها . وقد نسب ابن عتاب للإمام مالك أن ( جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان في معناها إلا أن يثبت القائم في ذلك أن يحدث ذلك أراد الضرر بجاره )<sup>(٢)</sup> . واختار بعض المالكية أنه لا يمنع من التعلية لحجب الضوء أو الشمس إلا بأحد أمرين : أولهما : التقصد إلى الإيذاء والمضارة ، والثاني : أن يمنع الضوء أو الشمس بالكلية حتى يظلم عليه<sup>(٣)</sup> . ولذا فإنه لا يمنع من التعلية بينائه إذا كان الضوء يأتي للجدار من أية جهة أخرى غير جهة التعلية . وقد يوضح ذلك قضية Poul v. Robson حيث كان للمدعى دار من ثلاث طوابق بواجهة جنوبية وأخرى شرقية بفتحات عدة ينقل منها الضوء والهواء . وكان للمدعى عليه دار في الجهة الشمالية من طابق واحد في بعض أجزائها ، بارتفاع ٢١ قدماً ، ومن طابقين في أجزائها الأخرى ، بارتفاع اثنين وأربعين قدماً ، فأضاف إليها ثلاثة طوابق أخرى ، دون أن يؤثر ذلك في المسافة الفاصلة بين الدارين وقدرها سبعة عشر قدماً . وفي عريضة الدعوى أكد المدعى تضرره بفعل جاره الذي تسبب في منع الضوء والشمس عن ميناءه إلى حد يخل بالانتفاع به . لكن القاضي حكم بأنه لا حق للمدعى في هذه الدعوى لتنفاذ الضوء والهواء إلى الحد اللازم

(١) Hepple and Mathews on Tort, P. 513, Dias and Markesinis, P. 225

(٢) تلمذة الحكم : ٣٦٢/٢ .

(٣) تلمذة الحكم : ٣٦٥/٢ .

للسكنى أو للعمل من جهة أخرى . وأيدت محكمة الاستئناف الحكم عند نظر الدعوى أمامها .

٥ - الخسائر المادية ونقص الأرباح ; لو أدى التصرف في الملك إلى التأثير في عامل من العوامل الطبيعية على نحو لا يمكن تجنب نتيجة هذا التصرف فإنه يمنع الفاعل من هذا التصرف . من ذلك أن يحفر بئراً قريبة من بئر الجار ، بحيث يؤدي الحفر إلى نقص المياه المتجهة إلى البئر القديمة . أما إذا لم يؤد الحفر إلى مثل هذا الإضرار فلا يمنع منه . جاء في تبصرة الحكام : ( وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضر بیره . وإن كانت رخوة وخشى أن ينشف ماء بیره منع إذا قال ذلك أهل البصر . وروى سحنون عن ابن كنانة أن له أن يحفر وإن أضر بجاره في بیره . وليس عليه العمل )<sup>(١)</sup> . ومعناه أن العمل عند المالكية هو المنع من حفر بئر جديدة إذا أضرت بالبئر القديمة ، وأن هناك اتجاهاً إلى عدم المنع وإن أضرت بئر الجار ، وهذا الاتجاه المرجوح عند المالكية هو ما أخذ به القضاء الإنجليزي عام ١٨٩٥ في قضية Bradford Corporation v. Pickles ، حيث أراد المدعى عليه Pickles بيع أرضه للشركة المذكورة بثمن معين لم توافق عليه ، فأراد فرض هذا الثمن ودفع الشركة إلى التعجيل بالشراء بأن حفر بئراً في أرضه مما أدى إلى نقص المياه التي تصل إلى آبار الشركة . ولما رفعت هذه الشركة الأمر إلى القضاء صدر الحكم بأن تصرف المدعى عليه بالحفر في أرضه فعل مشروع لا يوجب التعويض عما ينشأ عنه من ضرر . وفي رأى القاضي Lord Halsbury الذى عبر عنه في حيثيات حكمه في هذه القضية أن الحالة الذهنية للفاعل في مثل هذه التصرفات لا تغير من طبيعة حقه ، وأن له أن يستعمل حقه إذا كان الفعل مشروعاً حتى ولو كانت نيته فاسدة<sup>(٢)</sup> .

ومن هذا الجنس ما ذكره ابن فرحون في ( إحداث رحي ) على غير فوق

(١) السابق : ٣٦٣/٢ .

(٢) Hepple and Mathew on torts, P. 563 .

رحى قديمة تضرها في نقصان طحن أو كثرة مؤنة أو في غير ذلك ضررا يينا فذلك ممنوع . قاله ابن القاسم . ولو لم يتيين لأهل المعرفة في ذلك ضرر قليل له : عمر ، فإن أضررت متعناك<sup>(١)</sup> .

أما التأثير بالمنافسة وإنشاء مشروع مماثل والاستحواذ على نسبة من العملاء على نحو يؤدي إلى نقص العائد فلا يعذب من التصسف ، ولا يمنع من إقامة هذا المشروع . جاء في التبصرة : ( وأما إحداث ما ينقص الغلة مثل أن يحدث فرنا بالقرب من فرن جاره فهذا لا يمنع منه اتفاقا<sup>(٢)</sup> ) . وفي حاشية الدسوقي : ( لا يمنع من إحداث ما ينقص الغلة اتفاقا كإحداث فرن قرب فرن أو حمام قرب حمام آخر أو طاحون قرب طاحون آخر )<sup>(٣)</sup> .

ولعل الفارق بين حفر بئر إلى جوار بئر آخر ، مع ما يلزم عنه وهو نقص المياه ، وبين إقامة حانوت إلى جوار حانوت آخر مع ما يفضي إليه من توزيع عملاء الحانوت القديم على الحانوتين ، هو في أن النقص في الأول نتيجة مباشرة لفعل الحفر فيتسبب لفاعله على حين أن النقص في الثاني يضاف إلى فعل العملاء ، وليس افتتاح الحانوت إلا سببا غير مباشر ، وتغلب المباشرة السبب حسبا تقدم . ومن جهة أخرى فإن المنافسة في المصالح العامة أمر مشروع ، وهي أسلوب معترف به شرعا لتحقيق المصالح التي ندب إليها ، ولا يلائمها بهذا الاعتبار أن تكون سببا للضمان ، فالقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

و - الضوضاء : لا يمنع من الأصوات المعتادة ولا الضارة ضررا يحتمله الناس في العادة . أما إن كان الضرر الناشئ عن الأصوات مما لا يحتمله الناس عادة لقوته ودوامه أو لاجتماعه مع أضرار أخرى تزيد من تأثيره فإنه يمنع منه . وهذا هو ما يستتبط من النصوص التالية :

جاء في التبصرة : ( قال ابن عتاب ، تنازع الشيوخ ببلدنا قديما وحديثا في

(١) تبصرة الحكام : ٣٦٥/٢ .

(٢) السابق .

(٣) حاشية الدسوقي : ٣٧٠/٣ .

الرجل يجعل في داره أو في شبه ذلك ما له دوى وصوت يستضر به الجار مثل الحداد ، فقال بعضهم يمنع منه إذا عمل فيه بالليل والنهار . وقال بعضهم : لا يمنع منه . وقال ابن سعيد : الذي اتفق عليه مشايخنا أن يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار . قاله ابن عبد ربه (١) .

وجاء في حاشية الدسوقي : ( لا يمنع من صوت ككمد وهو دق القماش وقصار وهو الذي يبيض القماش وحداد وبخار .. وصوت صبيان بمكتب بأمر معلمهم لا أصواتهم للعب فيمنعون . ودخل أيضا صوت معلم الأنغام وصوت الكروان المتخذ للصياح والحمام المتخذ للهدير . وظاهر المصنف عدم المنع ولو اشتد صوت كالكمد ودام . وفي المواقيت خلافه وأن محل عدم المنع ما لم يشتد ويندم . وإلا فيمنع من ذلك ) (٢) .

وقد نص فقهاء المالكية على منع الشخص من إحداث اصطيل للدواب بباب جاره ، وإن كان في ملكه ( بسبب بولها وزيلها وجريتها ليلا ونهارا ومنعها الناس من النوم ) وكذلك الطاحون وكبر الحداد وشبهه (٣) .  
وترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية :

- أن هناك درجة من الضوضاء والأصوات المزعجة لا تعد من التعسف ولا يمنع منها ، وذلك إذا كانت مألوقة معتادة ولا تنفك عن الأعمال المحققة للمصالح الأساسية للمجتمع كأصوات الصبيان بالمكتب وأصوات قص الثياب وصفيها .

- الضوضاء التي لا يتناسب الضرر الناشئ عنها مع ما تحققه من مصالح مما يحق الامتناع عنه ، كأصوات لعب الصبيان والطيور المتخذة للهو .  
يمنع كذلك من الضوضاء التي يتسبب في الإضرار بالناس ضررا لا يحتملونه

(١) تيسرة الحكم : ٣٧٠/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣٧٠/٣ .

(٣) تيسرة الحكم : ٣٦٣/٢ ، وحاشية الدسوقي : ٣٦٩/٣ .

لشدتها واستمرارها وتكررها في أوقات غير مناسبة كأن تصدر بالليل فتمنع الناس من النوم .

وقد اعتبر القضاء الانجليزى الضوضاء والروائح الكريهة ، حتى أواخر القرن التاسع عشر ، من الأضرار التى يجب احتياها والتجاوز عنها ، تحاشيا لفتح أبواب النزاع ، وخوفا من صعوبة تقدير التعويض عنها . ولكنه اتجه إلى الاعتراف بحق المتضرر فى استصدار حكم بمنعها فيما بعد هذا التاريخ<sup>(١)</sup> .

ز - المضارة بالأطلاع والتعدى على حق الخصوصية : نص فقهاء الملكية على حكم التعدى على هذا الحق فى مواطن عديدة . من ذلك ما ذكره فى حكم إحدث غرفة يطلع منها على اسطوان جاره وأنه يمنع من ذلك . والاسطوان فى عرف المغاربة هو دهاليز الدار فى عرف المشاركة ، وإنما حكموا بالمنع لأن الاسطوان هو المكان الذى يجلس فيه أفراد الأسرة وخاصة النساء مع شئ من التخفف فى ملابسهن ، فيؤدى الاطلاع إلى المضرة بعدم تمكنهن من الجلوس فيه ، حيث لا يأمن رؤية الجار لهن<sup>(٢)</sup> . ويمنع من اتخاذ مجلس أو حانوت قبالة باب الجار ، ويؤمر بالتكيب قليلا عن هذا الباب . ومذهب ابن القاسم فى المدونة أن له اتخاذ مثل هذا المجلس أو الحانوت فى السكة النافذة . وهو رأى ابن وهب<sup>(٣)</sup> . وفى مختصر الواضحة أنه لا يمنع من البناء فى علو يشرف منه على دور الجيران ، إذا كان اطلاعه عليهم بسبب علو مكانه كالأبواب يمنع من فتح النوافذ والكوى إذا كانت جميعها تطل على دور الجيران . أما إذا كانت الكوى تطل على بعض المواضع ولا تطل على البعض الآخر فيؤمر باتخاذها فى المواضع التى لا يطلع منها على دور الجيران ، توفيقا بين مصلحته وبين مصلحتهم<sup>(٤)</sup> . ويفرق بعضهم بهذا الاعتبار بين السكة النافذة وبين السكة غير النافذة<sup>(٥)</sup> .

ح - المضارة بتسرب المواد الخطرة إلى ملك الغير : إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز لأحد ( أن يحدث على جاره ما يضره )<sup>(٦)</sup> فإنه لا يجوز حيازة المواد

(١) تبصرة الحكم : ٣٦٤/٢ .

(٢) Dugas and Markesinis on Tort, P. 2261 .

(٣) السابق : ٣٦٦/٢ .

(٤) تبصرة الحكم : ٣٦٥/٢ .

(٥) تبصرة الحكم : ٣٦٦/٢ ، وحاشية الدروري : ٣٦٩/٣ .

(٦) السابق .

الخطرة التي قد تسرب إلى أرض الجار وتضره إلا باتخاذ ما يلزم من العناية والتحوط لمنع مثل هذا الضرر . يوضحه ما جاء في التبصرة في تحامل الماء على الجسور ولم يكن الذى جسرهما احتاط فيها فإنه يضمن . وكذا لو احتاط في تيسيرها وأغفل تسرب المياه حتى تهدم الجسر أو بعضه وانتقلت المياه إلى أرض الجار وأتلفت شيئا من أمواله<sup>(١)</sup> . وقد اعترف القضاء الانجليزى بضممان تسرب الأشياء الضارة Escaping of dangerous things في قضية Rylands v. Fletcher ( ١٨٦٨ ) الشهيرة في تاريخ هذا القانون .

وفى هذه القضية أراد المدعى عليه الذى كان يملك طاحونا أن يبنى مستودعا لتخزين المياه اللازمة لإدارة هذا الطاحون ، واستأجر خبيرا لإنشاء هذا المستودع . واكتشف فيما بعد وجود فجوات مطمورة أسفل مكان إقامة المستودع ، تتصل بأرض المدعى التي كانت منجما للفتح ، حيث تسربت المياه إليها ، وهو ما أدى إلى حدوث أضرار طائلة<sup>(٢)</sup> . وقد تطور الحكم فى هذه القضية إلى القاعدة العامة التالية : إذا جمع شخص فى أرضه أية مواد لمصلحته هو مما يحتمل الإضرار بالغير إذا تسرب إلى عقاره فإن هذا الشخص بعد مسعولا عن الأضرار المباشرة التي يتسبب فيها فعله<sup>(٣)</sup> . وأعتقد أن استنباط مثل هذه القاعدة من الأمثلة التي ذكرها الفقهاء فى انتقال الماء والنار إلى أراضي الجيران أمر لا يبعد عما ترشد إليه عباراتهم .

---

(١) تبصرة الحكم : ٣٥٠/٢ .

(٢) Dias and Markesinis on Torts, P. 267. Also see Hepple and Mathews on Tort, P. 538 (٢)

(٣) Dias and other on Torts, P. 267 (٢)

### المبحث الثالث : الأضرار العامة Public nuisances

٣٦٢ - تقديم : لا يجوز إحداث ما يؤذى جمهور الناس ويمنع انتفاعهم بالمرافق العامة كالطرق والأنهار والترع . وتتوعد هذا الأضرار تنوعا يستعصي على الضبط . وأهم ما يميزها عن الأضرار الخاصة Private nuisance احتمال وقوعها لكل أحد من المتفعين بهذه المرافق على حين تختص سابقتها بالجيران الأقارب أو الأبعد الذين يقطنون في المنطقة التي نشأ منها الضرر . ويغلب وقوع الأضرار العامة في التعديات على حقوق المارة في الطرق وحقوق المتفعين بالآبار العامة والأنهار وقد عقد البغدادى فصلا خاصا بهذا النوع من التعدى بعنوان : ( فيما يحدث في الطريق فيهلك به إنسان أو دابة ، وفيه مسائل الآثار والأنهار )<sup>(١)</sup> . وإنما شغل الفقهاء بتناول هذا التعدى بالتفصيل لتأثيره على انتفاع الجماهير بهذا المرفق الذي لا يستغنى عنه أحد ، ولا تستطيع الدولة إغضاء الطرف عن مثل هذا التعدى لأثره في تعطيل مصالح الناس وفي تعريض سلامتهم للخطر . ولا يبعد لذلك أن يحكم القاضى بإيقاع العقوبات التعزيرية المتنوعة على الانتيات على حقوق العامة في هذه المرافق ، حسب طبيعة هذا الانتيات ودرجته والمخاطر التي يؤدي إليها<sup>(٢)</sup> .

٣٦٣ - ومن أمثلته ما لو وضع رجل ( في الطريق حجرا أو جذعا أو بني فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فعطب بها إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل

(١) جمع الضمانات : ص ١٧٦ .

(٢) جاء في البصرة : ٣٤٧/٢ أن ( من وضع سيفا بطريق أو غيره يهد قتل رجل فعطب به ذلك الرجل لقد قال ابن القاسم في المبروعة يقتل به . فإن عطب به غيره فالدية على عاقلة الجاعل ، لأن الأول قصد إلى قتله ، بخلاف الثاني فإنه لم يرد قتله ، كمن رمى رجلا فقتله فأصابت الرمية غيره ، فإن حكمه حكم الخطأ والدية على عاقلة ) . ويرشد هذا إلى جواز العقوبة مفرقة أو مجتمعة مع الحكم بالضمان .

فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذى أحدثه فى الطريق ، وصار كأنه دفع الذى عثر به لأنه مدفوع فى هذه الحالة ، والمدفوع كآلة ... ولو سقط الجناح أو الكتيف وأتلف إنسانا ، ثم عثر رجل بتقضى الجناح ، ورجل بالقتيل ، فعطبا كان ضمان الكل على صاحب الجناح والكتيف . هذه فى آخر فصل الحائط المائل من قاضيهان . وفى الخلاصة : إخراج الجناح والجرحن والميزاب ، إن كان يضر بالمسلمين لا يسمعه ، وإن كان لا يضر يسمعه أن يفعل . وعليه ضمان ما عطب سواء أضر بالمسلمين أو لم يضر . ولو فعل بإذن الإمام لا يضمن <sup>(١)</sup> .

وفى التبصرة أنه ( إذا كان الجدار مائلا من أصل البناء فعلى صاحبه الضمان . وإن كان بناء على الاستقامة ثم طرأ عليه الميل فأنذر صاحبه وأشهد عليه بذلك وأمكنه تداركه ولم يفعل فعليه ضمان ما تلف . وإن لم ينذر ففى الضمان خلاف . قال ابن القاسم : إن لم يشهد عليه لم يضمن وإن كان غفورا . وقال أشهب إن بلغ إلى حالة لا يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو ضامن وإن لم يشهد عليه . والإشهاد لا يكون إلا من القاضى أو ممن له النظر فى ذلك . ولا ينفع إشهاد غير القاضى . أما نهي الناس وإشهادهم فليس بلامز إلا أن يكون ذلك فى بلد ليس به حاكم . فإن إشهاد الجيران والناس فى ذلك كاف . قال بعض القرويين : ينظر ، فإن كان رب الحائط مقرا بخره نفع الإشهاد دون حاكم وإن كان متكبرا فلا بد من التقدم إلى الحاكم <sup>(٢)</sup> . وفى تبين الحقائق أن الإشهاد على الحائط المائل ليس شرطا لقيام الضمان وإنما هو شرط لإثبات سببه <sup>(٣)</sup> .

٣٦٤ - شروط الضمان بالتعدى فى الطريق العام : يمنع التعدى ويضمن ما تسبب فيه فعله من ضرر بالشروط التالية :

(أ) ألا يكون الفعل مأذونا فيه شرعا أو عرفا أو ممن له حق الإذن .

(١) مجمع الضمانات: ص ١٧٧ .

(٢) تمصرة الحكام : ٣٤٧/٢ .

(٣) تبين الحقائق للزبلى : ٢٥٨/٥ ، وانظر : الفقه الإسلامى وأدله للدكتور ربة الرحلى : ٨٢٨/٥ ،

ولذا لا يمنع من المرور في الطريق ولا يضمن ما يتسبب فيه بالرش المعتاد للطريق تسكيناً للغيار والأثرية ، وله أن يفرع مدخله إلى داره من الثلوج في البلاد التي تكثر فيه . ويحمل ما ذكره السرخسي في إيجاب الضمان برش الطريق على ما ليس من قبيل المعتاد . وعبارته : ( ولو رش الطريق أو توضع في الطريق فعضب بذلك الموضع إنسان فهو ضامن لأن ما أحدث في الطريق من صب الماء يلحق الضرر بالمارة ويحول بينهم وبين المرور مخافة أن تزل أقدامهم )<sup>(١)</sup> . أما غسل السيارة أو إصلاحها أو إيقافها على الطريق العام فهو من التعدي الموجب للضمان . وليس لولي الأمر أن يخص أحداً من المسلمين بشيء من الطريق الخاص ، لأنه ملك للشركاء فيه ، ( وليس للإمام ولاية النظر في الملك الخاص لإنسان بتقديم غيره فيه ، بل هو في ذلك كسائر الرعايا . وإنما يثبت له حق الأخذ من الملك عند تحقق الضرورة وخوف الملاك على المسلمين بشرط العوض ، كما يكون لصاحب الخصصة ، فلهذا لم يعتبر إذن الإمام هنا )<sup>(٢)</sup> .

وليس له كذلك أن يخص أحداً من المسلمين بشيء من الطريق العام إلا ما دعت إليه الضرورة أو الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة ، لأن القاعدة أن نظر الإمام على الرعية منوط بالمصلحة . وقد ذكر السرخسي أنه لا يجوز للإمام أن يعطى شيئاً من الطريق العامة للمسلمين ، ( ولا ينبغي للذي يعطى أن يأخذ من ذلك شيئاً ، لأن الحق في ذلك الموضوع ثابت للمسلمين ، وللإمام ولاية استيفاء حقهم دون الإسقاط وإيثار غيرهم عليهم في ذلك )<sup>(٣)</sup> .

أما إذا كان الفعل مأذوناً فيه ممن له حق الإذن بشرط عدم الإضرار بالمصالح العامة فلا ضمان تطبيقاً للقاعدة الفقهية : الجواز الشرعي ينال الضمان . وقد نصوا على أنه لو حفر بئراً في طريق واسع لنفع المسلمين جاز إن كان بإذن الإمام<sup>(٤)</sup> .

(١) المسوط : ٧/٢٧ ، ٢٠٣/٢٣ .

(٢) السابق : ٢٠٣/٢٣ .

(٣) السابق : ٢٠٣/٢٣ .

(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ٧٧ .

(ب) أن يكون الفعل مظنة لإحداث الضرر ، فلو حفر بئرا بدون إذن الإمام في طريق واسع لمصلحة المسلمين . احتمل الضمان ، إذ البئر مظنة العطب<sup>(١)</sup> . أما بسط حصير في المسجد وتعليق قنديل ونصب عمود وإقامة باب فلا ضمان لما تلف به إذا تم على وجهه الصحيح ، أذن الإمام أو متولى المسجد أو جيرانه أم لا<sup>(٢)</sup> ، لندرة حدوث الضرر من مثل هذه الأفعال وتجردها للمصالح ولتفهم المسلمين .

(ج) اشتغال الفعل على معنى الإهمال أو التعدي . أما إذا كان الفعل مأذونا فيه بأصله ووصفه الذي تم به فلا ضمان . ولهذا فإنه يضمن ما ينشأ عن فعله من الضرر لو جلس في مسجد للبيع والشراء ، لتعديده . وحكى بعض الحنابلة الجرم في عدم الضمان بالجلوس في جوانب الطرق الواسعة لبيع مأكول ونحوه ، ( لامتناع الخلاف في عدم جوازه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص ، فهو كالجلوس في ملكه من غير فرق )<sup>(٣)</sup> . أما الجلوس في الطرق الضيقة التي لا تتسع لغير المرور فلا يجوز وبصير متعددا بفعله فيترتب عليه الضمان . ولم يجوز أحمد ابن حنبل إخراج الأجنحة والساباطات والخشب والحجارة من الجدر إلى الطريق ، واعتبره من التعدي ، ولو أذن الإمام فيه ، لأنه لا حق له في هذا الإذن ، و يترتب عليه الضمان<sup>(٤)</sup> . وأما الميازيب ومسابيل المياه فكذلك عند بعض الفقهاء . وعند بعض آخر احتمال الجواز مع انتفاء الضرر . واختاره طائفة من متأخري الحنابلة<sup>(٥)</sup> .

(د) ترتب الضرر على الفعل وعدم انقطاع النسبة بينهما : أما لو انقطعت نسبة الضرر إلى الفعل فلا ضمان . ولهذا لو وضع خشية في الطريق فنقلها آخر من مكانها إلى مكان غيره فعطب بها إنسان فالضمان على الذي نقلها لا على الذي وضعها . لكن لا يعد نقل الملكية للبيع أو الهبة مما يقطع نسبة الفعل إلى نتيجته

(١) السابق .

(٢) السابق .

(٣) السابق : ص ٧٩ .

(٤) السابق .

(٥) السابق : ص ٨٠ .

فيما نص عليه الفقهاء . ولذا لو ( وضع ساجة في الطريق أو خشبة باعها من رجل وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على الذي وضعها لأنه كان متعديا في وضعها ، فما بقيت في ذلك المكان بقى حكم فعله . وكذا أنعدام ملكه في الخشبة لا يمنع وجوب الضمان عليه بوضعها في الطريق فكل ذلك زوال ملكه بالبيع <sup>(١)</sup> . ولو أشرع جناحا من داره إلى الطريق ثم باع الدار فكل ذلك ، ويضمن ما تولد عنه من ضرر <sup>(٢)</sup> .

٣٦٥ - مقارنة : يقصد بالأضرار العامة Public nuisances في القانون الانجليزي الاضرار على حقوق العامة فيما لهم أن يرتفعوا به . وبندل هذا الاصطلاح بصفة خاصة على التعدي في الطرق العامة وإساءة الانتفاع بها Abuse of the highway . ويؤثر هذا النوع من التعسف على حقوق الكافة الذين يجوز لأى منهم أن يتقدم إلى القضاء لاستصدار حكم بمنعه وللتعويض عما أصابه من ضرر . وهو يفترق في هذا عن التعديات الخاصة Private nuisances التي تصيب فردا بعينه أو عدة أشخاص . وقد اعتبرت المكالمة التليفونية التي أبلغت كذا عن وجود متفجرات من قبيل التعديات الخاصة في الحكم الصادر في قضية R. v. Madden ، عام ١٩٧٥ ، على أساس أن عامل التليفون وثمانية من رجال الشرطة الذين تولوا البحث عن القنبلة هم الذين تأثروا بهذه المكالمة المزعجة <sup>(٣)</sup> .

ومن حق المتضرر أن يطالب بالضمان وجبر ما لحق به من ضرر ، سواء كان التعدي خاصا أو عاما . ولذا فإن من ينصب أى شيء يعوق المرور ويعرض سلامة المتفاعين بالطريق للخطر يعد متعديا على حقوق العامة ، لكنه يطالب بتعويض من لحق به الضرر على وجه الخصوص شريطة التعدي أو الإهمال . وفي قضية Noble v. Harrison سقط غصن شجرة مزروعة في أرض المدعى عليه على سيارة المدعى أثناء قيادتها في الطريق العام الذي أطل هذا الغصن عليه

(١) المبسوط للسرغسي : ٨/٢٧ .

(٢) مجمع الشفاقات : ص ١٧٧ .

(٣) Dias and Markesinis on Torts P. 255 .

فحكمت المحكمة عام ١٩٢٦ بأن مجرد تدلي الفصن إلى الطريق العام لا يعد من التعدي ، بحكم أنه لا يعوق المرور في هذا الطريق ، وأن المدعى عليه ليس مسئولاً عن الضرر ، برغم ما في تدلي هذا الفصن من خطر ، لأن هذا التدلي لا ينسب إلى فعله ، كما أنه لم يكن على علم مطلقاً بوجود هذا الفصن أو تدليه<sup>(١)</sup> . أما إذا نسب الضرر إلى فعل المدعى عليه فإنه يكون مسئولاً ويضمن .

ففي قضية *Wringe v. Cohen* ( ١٩٤٠ ) سقطت بعض أجزاء من مبنى للمدعى عليه لعدم العناية بإصلاح هذا المبنى فاستحق المدعى التعويض عما لحقه من ضرر لقيام التعدي ونسبة الضرر إلى فعل المدعى عليه .

وعلى السلطات العامة في الشريعة أن تتمهد طرق المسلمين بالعناية والإصلاح ، وتأم هذه السلطات إن خالفت هذا الواجب . وقد أحس عمر رضى الله عنه بهذا الواجب في شكواه من كثرة مسؤولياته وتنوعها حتى شملت ما يعرض لبغلة تعثرت في طريقها بالعراق . ولم يعترف القانون العرفي الإنجليزي بمسؤولية هيئة الطرق العامة عن عدم الفعل أو الترك *Non-Feasance* فالمحصرت مسؤوليتها في الفعل السيئ *Misfeasance* الإيجابي حتى صدور مرسوم ١٩٦١<sup>(٢)</sup> الذي ألغى هذه التفرقة فأصبحت هذه الهيئة مسؤولة عن كل من إهمال واجباتها في صيانة الطرق وعما ترتكبه من أخطاء .

٣٦٦ - التلوث وحماية البيئة : استعمال الملك والانتفاع بحقوق الملكية مقيد في الشريعة بعدم الإضرار بالأفراد أو الجمهور . وقد ناقش الفقهاء أحكام أنواع التعدييات المعروفة في عصورهم تحت عناوين متنوعة كأحكام شركة الملك ، وأحكام الجوار ، أحكام ما يحدث الناس في الطرق . وحكموا عموماً بوجوب المحافظة على البيئة الخاصة فيما يدل عليه نصهم على المنع من اتخاذ دكان حداد في سوق البز ، كيلا يؤدي الدخان المنبعث من كبر الحداد إلى إفساد بضاعة البازين . وإذا حكموا بمنع طبخ ذى الزواجر المؤذي . فإثمهم أو جبروا على صاحب

(١) السابق : ص ٢٥٧ .

(٢) *The Highways (Miscellaneous Provisions) Act 1961* (٢)

الأرض الفضاء بين المساكن أن يعنى بنظافة هذه الأرض مما يضعه الناس فيها من مخلفات حتى لا يبعث منها ما يؤذيه . وقد شهد العصر الحديث زيادة كبيرة فى أنواع الأضرار العامة الناشئة من استعمال الناس لممتلكاتهم . من ذلك إنشاء المصانع فى المناطق المأهولة بما تنفثه من دخان وأتربة فى صدور القاطنين لهذه المناطق ، وما تخلفه من أضرار على الصحة العامة للإنسان والحيوان والنبات . وبكفى الالتفات إلى حوادث ناقلات البترول العملاقة وتأثيرها المدمر وإلى هذه النفايات الذرية لمعرفة أنواع الأضرار الحديثة الناشئة عن التصرف فى الملك فى هذا العصر والتي تختلف فى درجتها وطبيعتها عن تلك الأضرار التى منمها الفقهاء المسلمون فى عصورهم . ويجب العمل من باب أولى على منع هذه الأضرار الحديثة على الأسس الفقهية ذاتها الضابطة لأحكام التصرف فى الملك وبالنظر إلى القواعد الفقهية التالية :

- لا ضرر ولا ضرار .
- دفع الضرر مقدم على جلب المصلحة .
- يدفع الضرر قدر الإمكان .
- المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة .
- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وإذ ثبت يمين إضرار التلوث البيئى بحياة الإنسان وصحته وبممتلكاته فلا وجه للتردد فى تطبيق هذه القواعد الشرعية واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتوقي هذه الأضرار ، وذلك من وجهين :

أولهما : سن التشريعات واللوائح المنظمة لاستخدام الممتلكات والأشياء التى تسبب التلوث ، ومنع إصدار التراخيص بإنشاء المصانع فى المناطق المأهولة ( قارن هذا بمسألة المنع من إنشاء دكان حداد فى سوق البازين ) . ولا يخفى أن لولى الأمر الحق فى اتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقائية ، فالقاعدة أنه مقيّد فى نظره بمقتضيات المصلحة العامة .

والثانى : النص على اعتبار مظاهر معينة كالدخان أو الرائحة أو الأصوات المزعجة دليلاً على الضرر ، ونقول أى شخص ممن يتحمل إصابته بأضرار من هذه

المصادر الحق في رفع دعوى الحسبة لمنع الضرر قبل وقوعه . وإذا كانت تكاليف التقاضي في المحاكم الحديثة فوق طاقة أفراد كثيرين فمن الواجب أن يعهد إلى إدارة معينة في الدولة بتلقى شكاوى الأفراد في هذا الصدد ومتابعتها في دور المحاكم لو اقتضت هذه الإدارة بمجدية الشكاوى .

لقد جاء في تبصرة الحكام أن المعيار هو (مراعاة الضرر . وقد تقدم عن المدونة أنه لا يجوز أن يحدث على جاره ما يضره . فاعتبر الضرر)<sup>(١)</sup> ويشمل الجار في هذا السياق كل من يحتمل تأثره بالفعل الضار الذي يقوم به الشخص لتخريج أحكام هذه المضار الحديثة على أحكام الأضرار التي نص عليها الفقهاء المسلمون .

وتدل هذه للملاحظات العامة على مرونة نظرية التعنت أو التعسف في الفقه الإسلامي وإمكان تصديها والاعتماد عليها: لعلاج هذه الظواهر المدمرة لحياتنا الحديثة . وقد التفت عدد من القانونيين الإنجليز إلى إمكان الاستناد إلى التعسف أو Nuisance لمقاومة مشاكل التلوث وللعمل على الحفاظ على البيئة<sup>(٢)</sup> .

---

(١) تبصرة الحكام : ٣٦٦/٢ .

(٢) Dias and Markesinis on Torts, P. 262 .



### القسم الثالث : الواجب بالضمان



٣٦٧ - تقديم : موضوع هذا القسم هو النظر فيما يوجبه الضمان من أحكام تتعلق بوجوب الدية والأروش المقدرة وغير المقدرة ، أو بوجوب رد العين المضمومة أو مثلها وقيمتها ، وكالحكم بفعل مثل طم البئر وتسوية الشارع أو إزالة الميزاب وكالحكم بوجوب الامتناع عن فعل من الأفعال مثل عدم إلقاء التراب في ملك الغير ، وما إلى ذلك من أحكام تتعلق بالتعدي وتنشأ عنه . وتشترك هذه الأحكام جميعها في أن القصد منها هو رفع الضرر وإزالته .

ويتألف هذا القسم من فصلين :

أولهما : جواهر الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية والمرض والسمعة .

والثاني : جواهر الأضرار المالية والخاصة .

وأناقش أحكام كل منهما فيما يلي على الترتيب السابق نفسه .

## الفصل الأول : جوارب الأضرار البدنية

### المبحث الأول : مفهوم التعويض

٣٦٨- أنواع الجوارب : يعنى الحكم بالضمان على شخص لتعديه الحكم . بمسؤوليته عن الضرر الواقع بغيره . ويترتب على قيام مسؤوليته عن هذا الضرر وجوب العمل بوجه عام على منع الاستمرار فيه وجوب التعويض عنه أو بغير ذلك من الجوارب التى تناولها الفقهاء على نحو مشتبك فى مواطن متفرقة يفتقر إلى الترتيب المنطوقى والوضوح . ومن الواجب جمع هذه الجوارب فى سياق واحد لتحديدتها وبيان أحكامها ، وهو الهدف من هذا الفصل . وإجمال هذه الجوارب بالنظر إلى الأضرار فى نوعين :

أولها : الجوارب لمفادات من النفس والأطراف والمنافع الراجعة إليهما . ويشمل هذا النوع من الجوارب ما اصطلاح عليه فى الفقه الإسلامى بعنوان الديات والأروش المقدرة والأروش غير المقدرة ( حكومة عدل ) .  
والثانى : الجوارب لمفادات من الأموال بنصبها أو بإتلافها أو إتلاف منافعها . وتشمل هذه الجوارب الأخيرة كلا من النوعين التالين :

( أ ) الجوارب النقدية : كوجوب القيمة .

( ب ) الجوارب المعينة : كوجوب رد عين الشئ أو مثله فى الخصب والاستيلاء على أموال الغير بغير حق .

والثالث : الجوارب الخاصة ، وتشمل الحكم بلزوم فعل Mandatory injunction أو المنع من فعل Prohibitory Orders أو بمجرد الحكم التفسيريى declaratory judgement .

٣٦٩- التقدير : تشمل طرق تقدير التعويض فيما يستخلص مما ذكره الفقهاء الأنواع التالية :

١ - التقدير الاتفاق : بين المخطيء أو الضامن وبين المتضرر .

٢ - التقدير القضائي : الذي يستند إلى اجتهاد القاضي ورأيه .

٣ - التقدير الشرعي : الذي سنه الشارع .

وأجمال الأسس التي تضبط هذه التقديرات جميعها فيما يلي :

(أ) لا يقصد بجبر الضرر إثراء المتضرر ولا إعانة على ظروف المعيشة ولا التبرع له ، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر ، كلما كان ذلك ممكناً .

(ب) يعمد عن الضرر المباشر الذي ينسب إلى فعل الضامن . أما الأضرار غير المباشرة التي لا تنسب إلى فعل المعتدى فلا يكلف بجبرها .

(ج) يقدر التعويض بقدر هذا الضرر بلا زيادة أو نقصان ، وإلا كان أكلاً لمال الناس بالباطل إلا في الأحوال التي يغلظ التعويض فيها للتشديد على المعتدى وزجره عن عدوانه .

(د) تنقسم الجوابر إلى قسمين : أولهما : الجوابر الخفيفة ، وهي التي تقاس بمقدار الضرر . والثاني : الجوابر المغلظة ، وهي التي تدل على إرادة الشارع إظهار الحدب على المتضرر وإعلان التفور من سلوك المدعي عليه . ويرشد وجود دية مخففة في الخطأ وأخرى مغلظة في شبه العمد وتضعيف الغرم على من يأخذ مال الغير ويتصرف فيه لإثراء نفسه بهذا التصرف إلى اعتراف الفقهاء بهذا التقسيم لأنواع الجوابر . ولعل الحدف من تغليظ الواجب هو زجر المعتدى وغيره عن ارتكاب مثل هذا العدوان . وتتلاشى الخطوط الفاصلة بين الضمان والعقوبة في هذه الأحوال التي يمكن أجمالها فيما يلي :

الأول : القتل شبه العمد . ووجه التغليظ فيما يوجهه هذا القتل ارتفاع أسنان الإبل الواجبة في دية . وقد روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « ألا إن في قتل عمد خطأ ، قتل السوط والعصا ، مائة من الإبل ، منها أربعون خلفه في بطونها أولادها »<sup>(١)</sup> . وفي المعنى نفسه روى عمرو بن شعيب أن رجلاً

(١) انظر هذا الحديث وتخرجه في نيل الأوطار : ١٦٧/٧ .

يقال: له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية : ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة . ومع تغليظ دية شبه العمد فإن العاقلة هي التي تتولى الوفاء بها . ولا تغليل له بارتفاع قيمتها فإن هذا المعنى لم يمنع من إيجابها في مال القاتل عمدا ، وإنما يحلل بمجموع ارتفاع قيمتها وحرص الشارع على تعويض أولياء المقتول ، ولأن في فرض الدية عليه استئصالا للقاتل وإجحافا به ، ( وكل أجد لا يأمن على نفسه بأن يتل بمثله ، وعند ذلك يحتاج إلى إعانة غيره فينبغي أن يعين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله ، كما هو العادة بين الناس في التعاون والتوادر . فبهذه صورة أمة متناصرة وجيلة قوم قوامين بالقسط شهداء لله متعاونين على البر والتقوى . وبه أمر الله تعالى الأمة )<sup>(١)</sup> . والدية الواجبة عند امتناع القصاص في القتل العمد دية مغلفة هي الأخرى .

ومع أن دية الخطأ ليست مغلفة هذا التغليظ فإنها تتضمن نوعا من التشديد في مقدارها . فألف دينار بأسعار عصر النبوة والخلافة الراشدة ؛ وهو ما يعادل مائة من الإبل ومائتين من البقر وألفين من الغنم ، ثروة تفي أسرة كاملة ، ولعلها تزيد في أكثر الأحوال عن مقدار الضرر المادي الذي لحق بأفراد هذه الأسرة ، حتى ولو كان المصاب عاقلا لهم .

الثاني : أخذ مال الغير مما يصعب وضعه في حرز أو حراسته طول الوقت ؛ فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق فقال : من أصاب منه بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبئة فلا شيء عليه . ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة . ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجارين فيبلغ ثمن الجن فعليه القطع ) . وفي رواية قال ( سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الخريسة التي توجد في مراتعها ، قال فيها ثمنها مرتين وضرب نكال . وما أخذ من عطائه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجن . قال يا رسول الله فالنار وما أخذ منها في أكمامها ، قال من أخذ بفيه ولم يتخذ خبئة فليس عليه شيء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال ،

(١) البسوط : ١٢٥/٢٧ .

وما أخذ من أجراته فقيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجبر<sup>(١)</sup>.

وبهذا فإن الجواب المغلطة لا تنحصر في الإصابات البدنية وإنما تعدى ذلك إلى الأموال في الظروف التي تقتضي التشديد ، كأن يريد الجاني إثراء نفسه عن طريق الإضرار بغيره . والذي يخلص من هذا كله أن بوسع القاضي أن يحكم بتفليظ التعويض وزيادة عن الضرر في الأضرار المالية والإصابات البدنية إذا أراد الزجر عن العدوان في الأحوال التي تقتضي هذا الزجر .

٣٧٠ - مفهوم جبر الضرر : قصد الشارع إلى تفليظ الواجب لزجر المعتدى في أحوال معينة يجوز القياس عليها بشروطه حسبما تقدم . أما في غير هذه الأحوال فإن قصد الشارع من الضمان وتحديد المسؤولية هو العمل على جبر الضرر بحمله على المعتدى . ومع أن كلمة ( جبر ) هذه التي استعملها الفقهاء في إشارتهم إلى مقصود الشارع من الضمان كلمة موجبة ودقيقة في الاستعمال الحسي فإنها تكتسب نوعاً من الغموض بإضافتها إلى الضرر ، نظراً لتعدد أنواعها وكثرتها واختلاف السياقات التي يجري فيها ، وهي لهذا بحاجة إلى بيان يوضح كليات جبر الأضرار المختلفة ومقاصد الشارع من هذا الجبر .

٣٧١ - الجبر الكامل : المقصد من إثبات الحقوق المالية أو التعويض للمتضرر هو جبر الضرر كله بحيث تحمل نتائج التعدي على فاعله . وتتوزع جوانب الضرر على نحو يشمل الأضرار المالية والبدنية والأدبية ، كما أنها تختلف فيما بينها في سبب وقوع بعض هذه الأضرار وتعد وقوع بعضها الآخر كالإصابات البدنية أو الأدبية ، وهو ما يجعل وضع هدف الجبر الكامل لجميع الأضرار موضع التطبيق العملي أمراً فوق طاقة المحاكم والمهيات القضائية والجهود البشرية . إذ كيف يتسنى لقاض أو مخبر أو عدد منهم أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي تسبب فيها أحد المعتدين على أموال المتضرر أو حقوقه الأخرى ، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله وإحباطه أو نجاحه في هذا العمل . ثم كيف يمكن جبر يد قطعت أو شلت أو نفس أزهقت ؟ ألا يعد هذا

(١) مخرج هذه الأحاديث في نيل الأوطار : ٣٠٦/٢ وما بعدها .

ضربها من التعلق بالخيال ؟ وأجد لهذا أن ما يعلنه التفكير القانوني الحديث عن القصد بالتعويض إلى نحو آثار العدوان كلية ، ورفع الضرر بالكامل والعودة بالمتضرر إلى الحالة التي كانت عليها قبل حدوث الضرر ، أمر غير مقبول على إطلاقه .

٣٧٢ - ويجب لهذا إحلال القصد إلى الجبر التقريبي محل القصد إلى الجبر الكامل نظرا لصعوبة تقدير الأضرار المتنوعة في السياقات المختلفة باختلاف الأشخاص والظروف العامة . وعلى الرغم من الوعي بصعوبات التقدير والتقييم للأضرار Assessability في التفكير القانوني الحديث فقد اتجه هذا التفكير إلى تعقب بنود الأضرار المحتملة وعمل على إبرازها والتعويض عنها على نحو يتسم بالتحكم والذاتية ، وهو ما يؤدي إلى قلة التعويضات التي تقضى بها المحاكم في أكثر الأحيان وإلى المغالاة فيها وزيادتها في أحيان قليلة ، وخاصة بالنسبة لما يتعلق من الأضرار بنجوم المجتمع وأصحاب الجاه فيه . وأدى هذا الأسلوب إلى أن صارت أحكام الضمان أسلوبا مستقلا لفرض سوء توزيع الثروات حسبما يتضح فيما بعد . لقد هدف القانون الإنجليزي إلى التعويض عن الجروح injuries ونفقات علاجها ، وهي أضرار يمكن تقديرها على نحو تقريبي ، لكنه سعى إلى التعويض عن المكاسب الفائتة المتوقعة والواقعة ، وعن النقص المتوقع في عمر المصاب Reduction of expectation of life حتى لتقدر إحدى المحاكم النقص الذي تسببت فيه الإصابة في عمر المضرور بثلاثين عاما قضت بتعويضه عنها<sup>(١)</sup> . ولا جدال في أن الأعمار بيد الله عز وجل فيما هو ثابت يقينا وحسا ومشاهدة . ويعمل القضاء الإنجليزي كذلك على التعويض عن فقد الطاقات والقدرات Loss of amenities وعن الحرمان Bereavement وفقد العائل وعن الآلام Pain and suffering . وليس هناك أسلوب علمي يستند إلى أ من الموضوعية في تقويم هذه الأضرار . وعلى سبيل المثال فإن حس المصاب بالشلل بالتعدي عليه على أساس النظر إلى العمر المفترض ظروفه ، وحساب ما كان يكسبه في الفترة الباقية له من هذا

(١) انظر قضية Oliver V. Ashman (١٩٦٢) .

تكلفة نفقاته الخاصة في الذهاب للعمل وغير ذلك أمر يتطوى على قدر غير قليل من التحكم .

ولعل الدافع إلى إفراد هذه الأضرار بتعويضات خاصة هو الحرص على تحقيق العدالة وحمل نتائج التعدي على المتسبب فيه . لكن هذه التية المفعمة بالخير قد انتهت إلى نتائج معاكسة فيما يبدو .

٣٧٣ - الأسس العامة للتعويضات : يجب الاتفاق على الأسس التي يقوم عليها النظر إلى الأنظمة المختلفة للتعويضات حتى يمكن قياس نجاحها أو إخفاقها والمقارنة بينها وفق معايير موضوعية . وأهم هذه الأسس فيما يبدو في الأمور التالية :

١ - يسر تقدير التعويض منعا لطول إجراءات التقاضي بشأنه وتخفضا لتكلفته وتقيلا للوقت والمجهود الذي ينفق في الوصول إلى ما يتصوره المرء حقا له . ويفضل العاقل التنازل عن بعض حقه نظير سرعة الحصول عليه . ومن الواجب الموازنة بين مقتضيات العدالة المطلقة وبين ما تتكلفه من إجراءات وجهد .

٢ - الاطراد بحيث لا يختلف التعويض المحكوم به في الأحوال والظروف المتماثلة . وقد ترجع أسباب الاختلاف في التعويضات إلى اجتهادات القضاة وإلى ظروف التطبيق والتقدير ، مع ذلك فإن المبادئ القانونية الواضحة في تقدير التعويض تعين على تحقيق هذا الاطراد .

٣ - المساواة بين المواطنين في تعويضاتهم عن الأضرار المتماثلة وألا يفرق بين مستحقاتهم التي يتقاضونها على أسس لا تقرها القواعد العامة للمسئولية . فمن غير المقبول على سبيل المثال أن يتقاضى أحد المزارعين عن كسر أصبعه قدرا من المال لا يبلغ معشار ما يتقاضاه أحد رجال الأعمال فيما لو أصيب هو الآخر بكسر أصبعه ، لأن العبء بالضرر لا بالمستويات الاجتماعية أو القدرة المالية على الكسب .

٤ - التوقع Perdictability إلى الحد الذي يستطيع أطراف التقاضي التعرف ، ولو بوجه التقريب ، على ما سيحكم به من تعويضات .

٥ - التفریق بین إلقاء المسؤولية وتعيين المتسبب في الضرر وبين تحمل ما توجبه وتقدير هذا الواجب . ولا مانع لهذا من قيام القاضی بتحديد المسؤولية أولا وترك أمر تقدير الضرر الواجب التعويض إلى مرحلة لاحقة في التقاضي . وهذا هو الهدف من فكرة التعويض المؤقت .

وأجد أن تطبيق هذه المعايير على مفهوم الجبر أو التعويض في الاصطلاح الحادث يدل على تنوع جوانب هذا المفهوم ودقة تكوينه لدى الفقهاء . ولعل هذا مردود إلى وضوح قاعدية المثلية بين الضرر وبين جابره في نصوص الشريعة ، وإلى تقدير الواجب في كثير من الإصابات أو الأضرار التي لم يشأ الشارع ترك تقديرها إلى القاضی ، تجنباً للصعوبات العملية التي تواجه القاضی في هذا التقدير ، واحترازاً عما تؤدي إليه هذه الصعوبات من مشاكل : طول أمد التقاضي ، وارتفاع تكلفته ، وتفاقم النزاعات وتكاثرها ، والإحباط الذي يستشعره المصاب . وليس من قبيل الرغبة في التبرير هذا الإعلاء لمسلك الشريعة الإسلامية في تقدير اللذات وعدد من الأروش . وأعتقد أن إقدام السلطات التشريعية الوضعية على تقدير الواجب في الأضرار البدنية المنضبطة أولى من ترك هذا الأمر لفرد من الأفراد .

٣٤٨ - المثلية : توجب النصوص الشرعية مبدأ المثلية بين الضرر وبين ما يجبره . قال تعالى : ﴿ وجزاء سيفة سيفة مثلها ﴾ ، وإنما سميت العقوبة أو الجزاء سيفة على سبيل المشاكلة وتذكيراً للمعتدى بوجوب الكف عن العدوان ، فإن الواجب به سيسوء هذا المعتدى ويؤذيه كذلك . ومما يؤكد مبدأ المماثلة قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ . ويعين على تفسيره قول الزيلعي : ( وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع . وسمى الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة ، لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيفة <sup>(١)</sup> ولا تعدياً .

(١) النص : ٢٢٣/٥ .

ويتضح الاستناد إلى قاعدة المثل في تقدير الواجب بالضمان بمراعاة مسلك الشارع في الإلزام برد المثل أو القيمة أو أجرة المثل في التعدي على الأموال . لكن لما كان الاستناد إلى مبدأ المثل في ضمان الإصابات البدنية أمراً متعلداً لعدم تقوم الضرر بالنقود في طبيعته وجوهره، فقد فرض الشارع مقادير معينة اعتبرها بعض الفقهاء محققه لما أسماه ( المماثلة الحكمية ) . وسرد تفصيله فيما يلي .

## المبحث الثاني : أنواع الجوابر

٣٤٩ - البدائل والاحتمالات : إذا كان الهدف من فرض الضمان هو جبر الضرر ورفع بالتعبير الفقهي أو العودة بالمتضرر إلى حالته السابقة قبل وقوع الضرر عليه فإن تحقيق هذا الهدف في التعديلات البدنية أمر متعذر ، لاستحالة تقويم هذه الأضرار من جهة نظرا لطبيعتها الخاصة ، ولاستقرار هذه الأضرار واستمرار المعاناة منها في أحوال كثيرة من جهة أخرى . أما في الأضرار المالية فالأمر أبسر بكثير ، حيث يوجب إتلاف سيارة حديثة بها مذياع ومكيف ولونها أحمر إحلال سيارة أخرى مماثلة حتى ينسى صاحب السيارة التالفة ما حدث له في هذا الخصوص ويستأنف نشاطه وعمله ويتمتع بهذه السيارة الجديدة . لكن قطع يد أو رجل أو الإصابة بعاهة مستديمة من الأمور التي لا يمكن رفعها ولن يعود المتضرر إلى سابق عهده قبل حدوث هذه الإصابة له . لكن صعوبة التقدير والمماثلة بين الضرر والضمان لا تعني وجوب ترك المتضرر يعاني مصيبته وحده ويندب حظه العاثر ، وأوجب قواعد المسؤولية إلقاء الضرر على المتعدي أو إشراكه في تحمله ، ولذا اتجهت المذاهب القانونية إلى استكشاف البدائل أو الاحتمالات المتنوعة الكفيلة برفع الضرر إلى أقصى حد ممكن والعودة بالمتضرر إلى أقرب وضع لحالته السابقة على حدوث الضرر .

٣٥٠ - الجوابر المقدرة : ظهر الاتجاه في البحث عن حل لهذه المشكلة إلى تقدير تعويضات محددة لكل ضرر من الأضرار ، فلكل جرح من الجروح أو عضو من الأعضاء أو أية إصابة أخرى أرش مقدار Rate لا يختلف باختلاف الأشخاص . ولا يرى كثير من القانونيين في هذا التقدير غيرا كثيرا ، ويعتبرونه مخالفا لطبيعة التعويض في الضمان ، فمن الواجب أن يتسم التعويض بالمرونة في الاستجابة لمطالبات المتضرر واحتياجاته ومعاناته الخاصة بدلا من وضع هذه الاحتياجات في قوالب جامدة لا تناسب اختلاف الظروف وتنوع الأحوال<sup>(١)</sup> ولا تنافي في المقبول بين التقدير وبين تحقيق الإستجابة للظروف حيث تنصرف التقديرات

(١) Dias and Marks' s'ns on Tort Law P. 392.

إلى الأضرار المتأصلة مع إضافة غيرها من الجوابر غير المقدرة لرفع الأضرار المختلفة . وقد اتجه القانون الإنجليزي إلى الاعتراف مؤخراً ببعض التعويضات المقدرة ، إذ ينص قانون Administration of Justice Act الصادر عام ١٩٨٢ على تقدير التعويض عن الشعور بالحرمان لفقد أحد الأقارب Claim of bereavement بثلاثة آلاف ومخمسمائة جنيه استرليني . وفي رأى أحد القضاة الإنجليزي أن الشعور بالفقد والحرمان بالوفاة أمر لا يمكن التعويض عنه ، وأية محاولة لمقابلة هذا الشعور بالمال ليست إلا إهانة لمن يعاينه ، سواء كان مقدار التعويض عشرة جنيهات أو عشرة ملايين . ويعترف هذا القاضي بأن الغالبية لا تؤيد رأيه بدليل إقرارها لهذا القانون السابق الذكر . ومع ذلك فإنه يرى أن تقدير المشرع للتعويض عن هذا الضرر bereavement أولى من إلقاء العبء على المحكمة لتقدير الواجب في التعويض عن الفقد لكل شخص على حدة<sup>(١)</sup> .

٣٥١ - النظر إلى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض : يغلب على النظم القانونية الحديثة الاتجاه إلى حساب التعويض على أساس معدلات الكسب السابقة على الإصابة وما كان يستطيع المتضرر كسبه لنفسه ولأفراد أسرته لو لم تقع له هذه الإصابة . ويعنى ذلك أن التاجر الذى يصاب وهو في سن الخمسين بإصابة تمنعه عن العمل وتلزمه الدار سيأخذ تمويضا يقدر على أساس أرباحه السابقة من عمله ، فإذا كان يكسب مائة قبل الإصابة أعطى نسبة كبيرة منها . ويختلف ما يستحقه ضامانا إذا كان ربحه أكثر من مائة أو أقل منها . ويقدر الواجب في مقدار مقطوع lump sum على أساس ضرب مقدار هذا الربح في عدد السنوات التي يتوقع لئله الاستمرار في مثل هذا العمل .

ويتجه على هذا المعيار في تقدير الواجب في الضمان عدد من الملاحظات التي أجملها فيما يلى :

(١) السابق : ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(٢) السابق : ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

(أ) يترتب على حساب التعويضات بهذا الأسلوب إهدار معنى المساواة في التعويضات عن الأضرار المتأثلة ، فإذا شل تاجران نتيجة الإصابة وكان ربح أحدهما لا يتجاوز مائة جنيه في الشهر على حين يصل ربح الآخر إلى ألف فإن هذا الآخر سيحصل على أضعاف ما يحصل عليه التاجر الأول . وليس هذا إلا تكريسا للأوضاع الحالية التي تفرض سوء توزيع الثروات<sup>(١)</sup> . وينبغي ألا يكون تكريس هذه الأوضاع السيئة من الأهداف التي يعمل لها قانون الضمان . ويرد البعض بأنه لا قيمة لهذا النقد طالما استمرت السياسات السائدة في توزيع الثروات وأن قانون الضمان ليس إلا أداة للحفاظ على الأوضاع القائمة في المجتمع ، ولا يمكن اعتباره عاملا من عوامل التغيير في هذه الأوضاع بحكم أن الهدف منه هو رفع الضرر الذي يتفاوت بتفاوت الأفراد وظروف إصاباتهم<sup>(٢)</sup> . ولا تسوغ هذه الردود هذا الأساس العام للتعويض الذي يؤدي إلى زيادة غنى الغنى وفقير الفقير .

وقد أخذت نظم التأمينات الاجتماعية في عدد من البلاد الغربية كإنجلترا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا ونيوزيلندا بحساب التعويض على هذا الأساس نفسه ، مما أدى إلى أن يأخذ الغنى أضعاف ما يأخذه الفقير في الإصابات المتأثلة على الرغم من تحملهما الأعباء المالية لهذا النظام بطريقة متكافئة .

(ب) ومن جهة أخرى فإن التعويض عن الكسب الفائت يشجع المصابين وأقرباءهم على التباطؤ . فالزوجة التي أخذت نسبة كبيرة مما كان يكسبه زوجها قد لا تفكر في العمل ولو كانت صغيرة . وكذلك المصاب نفسه أو أحد أقربائه من الذكور . بخلاف ما لو عوض عن الإصابة بمقدار مقطوع فإن الأغلب أن يعود إلى عمله لدى استطاعته ذلك<sup>(٣)</sup> .

(ج) وينبغي تطبيق هذا النظام في سياق الحياة الغربية مشكلة على قدر من الأهمية ، هي تعدد ما يأخذه المتضرر في الجملة من نظام الضمان ونظام التأمينات الاجتماعية ونظام المعاشات وشركات التأمين . ويتضمن ذلك تعويض

(١) السابق : ص ٣٩٣ .

(٢) السابق .

(٣) السابق .

المصاب من أكثر من جهة للإصابة نفسها . وقد أدى ذلك إلى اتجاه القضاء الإنجليزي في حساب التعويضات إلى تخفيضها بإنقاص الفترة المتوقعة لعمل المصاب .

(د) ومن جهة أخرى فإن التضخم النقدي يؤثر على قيمة التعويض الذي يستحقه المتضرر بما لا يدخل في تقدير القضاة عند حسابهم لهذه القيمة . وهناك مع ذلك عدد من الاحتمالات الأخرى المتعلقة بكسب المصاب ، كإيجارته وسليته وظروفه الشخصية والنفسية في المستقبل ، وكحركة السوق . ولا يمكن لأى قاض أن يتنبأ بتأثير هذه الظروف على معدل الكسب المتوقع لهذا المصاب . ولذا فإن هذا المعيار في التقدير لا يستند إلى منطق أو عدل ، خاصة إذا اعتبرناه المعيار الأساسي أو المطلق لحساب قيمة التعويض .

٣٥٢ - معايير تقدير التعويض في الشريعة : استند التقدير الشرعى للتعويض عن الإصابات البدنية إلى هذين المعيارين :

أولهما : تقدير الواجب في الأضرار العظمى Average models كقطع الأذن أو اليد أو الرجل ، وكذهاب منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته مثل أحوال الإصابة بالشلل ، وكالواجب في إزهاق النفس ، مما يناقشه الفقهاء تحت عنوان الدييات والأروش المقدرة .

والثاني : ترك التقدير في الأضرار المتفاوتة التي لا يمكن درجها في إطار منتظم متكرر . ومن أمثلة هذا النوع من الأضرار الألم والجروح التي لا يمكن قياسها ولا تخضع للضبط . وهذه هي الأروش غير المقدرة التي ترك الشارع تقديرها لما أطلق عليه الفقهاء : حكومة العدل .

وتستحق هذه المزاوجة بين معيارى التقدير في الأضرار العظمى والإطلاق في الأضرار المتفاوتة الالتفات إلى فوائدها العملية المتعلقة بخفض تكلفة التقاضي وسرعته وحصول المتضرر على حقه دون عناء . ولا يمتنع الجمع بينهما عند حساب الواجب في الضمان لتعدد أسباب الوجوب ، فلو أصيبت يد أحد بالشلل نتيجة عدوان ، وأنفق في علاجها الكثير وعانى آلاما مبرحة ، أفلا يجوز للقاضي أن يجبر هذه الأضرار بالإضافة إلى الواجب في شلل اليد وهي نصف

الدية ؟ أجد أن التعويض عما تحمله من نفقات معقولة في العلاج مما تسوغه قواعد المسؤولية في الشريعة ، ويدخل في باب إتلاف مال الغير في التسبب . أما أروش الألم فقد ذهب إلى مشروعيته بعض الفقهاء طبقا لما سبق ذكره . ولم يشر هؤلاء الفقهاء إلى اشتراط تفرد هذا الأروش بالوجوب . مما يدل على جواز جمع أروش الألم مع غيره من الأروش الواجبة بسبب آخر ومع التعويضات عن تلف الأموال . وفيما يلي بيان أنواع الأروش المقدرة وغير المقدرة والإصابات التي توجبها .

## الفرع الأول : الدية

٣٥٣ - هي في اللغة مصدر ودى القاتل يديه من الأداء وهو إعطاء الولي المال بدل النفس . وإنما اشتقت من الأداء فيما يذكر السرخسي لأنها ( مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال ، وهو النفس . والأرض الواجب في الجناية على ما دون النفس مؤدى أيضا ، وكذلك القيمة الواجبة في سائر المتلفات ، إلا أن الدية اسم خاص في بدل النفس ، لأن أهل اللغة لا يطردون الاشتقاق في جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف )<sup>(١)</sup> . وهي في الاصطلاح عند بعض الحنفية اسم لضمان يجب بمقابلة الأدمى أو طرف منه<sup>(٢)</sup> . ولا يخرج تعريفها في سائر المذاهب عن هذا المعنى<sup>(٣)</sup> .

وتسمى الدية عقلا ( لأنهم كانوا اعتادوا ذلك من الإبل ، فكانوا يأتون بالإبل ليلا إلى فناء أولياء المقتول فيمقلونها . فتصبح أولياء المقتول والإبل معقولة في فنائهم ، فلهذا سموه عقلا )<sup>(٤)</sup> . ويفرق بعض الفقهاء بين الدية والأرض ، من بينهم السرخسي وابن عابدين ، حيث تصرف الدية عند هؤلاء إلى الواجب في بدل النفس ، على حين يختص الأرض بالواجب فيما دونها ، والجمهور على إطلاق الأرض على الواجب في النفس كذلك . ويطلق الأرض في اللغة على الخدش والخمش وهو الجرح وعلى الدية وعلى طلبها وعلى عوض ما نقص من الثوب بتعيبه وعلى الخصومة .

(١) المبسوط للسرخسي : ٥٩/٢٦ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٣٠١/٨ .

(٣) انظر بدائع الصنائع : ٢٥٢/٧ ، وحاشية الدسوقي : ٢٦٦/٤ ، وحاشية الجمل : ٥٨/٥ ، ونهاية المحتاج

: ٢٩٩/٧ .

(٤) المبسوط : ٥٩/٢٦ .

وتتضمن الدية معنى التعويض لأنها مال خاص بالجنى عليه ، فيجوز له العفو عنها أو عن بعض أجزائها ، ولا تتوّل إلى بيت المال إن كان له وارث ولا يتحملها الجاني وحده ، وهي بهذا تختلف عن الغرامات في مفهومها القانوني . ومن جهة أخرى فإن في الدية معنى العقوبة لجواز إيجابها في مال الجاني أحيانا ولأنها وجبت جزاء على جناية .

٣٨ - أصناف الدية : ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في قوله القديم إلى وجوب الدية في صنف واحد من أجناس الإبل والذهب والفضة . ويرى الشافعي أن الأصل في الدية هو الإبل فلا يعدل عنها إلى قيمتها إلا بالتراضي بين طرفي الإيفاء والاستيفاء أو لارتفاع ثمن الموجود منها عن ثمن المثل<sup>(١)</sup> . ومذهب أبي يوسف ومحمد أن الدية واجبة في أحد ستة أصناف : الإبل والبقر والغنم والذهب والفضة والحلال . ويرى الحنابلة وجوبها في خمسة أصناف : الإبل والبقر والذهب والفضة والغنم . ومعنى اعتبار هذه الأجناس أصولاً أن الخيار بينها لمن وجبت عليه ، ويجوز المستحق على قبول أى منها . أما إذا اعتبرت الإبل وحدها هي الأصل فإنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا برضا المستحق أو لعذر يسوغ هذا العدول كندرة الإبل أو وجودها بأكثر من ثمن المثل .

وقد استند الشافعية في كون الإبل هي الأصل إلى دليلين : أولهما ما رواه أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه أن النفس مائة من الإبل ، فإن كانت الدية في عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلثاً : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه . وفي هذا المعنى روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصاة دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها » . والثاني أن التعليل للدية إنما ورد في الإبل على وجه الخصوص فلا يعدل عنها إلى غيرها إلا لسبب يرره حتى يمكن احتساب قيمة

(١) المذهب : ١٩٦/٢ .

(٢) المذهب : ٣٤٥/٨ .

التغليظ وأداؤها . ويترتب على هذا المذهب أنه إذا عدل عن الإبل لسبب يسوغه وجبت قيمتها بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيباً فقال ألا إن الإبل قد غلت ، قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة<sup>(١)</sup> . وقد روى الزهري في هذا المعنى أنه كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل قيمة كل بعير أوقية ، ثم غلت الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ، ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تعلق حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قضى في الدية بمائة من الإبل قيمتها أربعة آلاف درهم أو أربعمائة دينار .

٣٨١ - ويستند مذهب أبي حنيفة ومالك في تقويم الدية بالإبل والذهب والفضة إلى مسلك عمر في تقويمها بهذه الأموال ، وهو ما يتأيد بإجماع الصحابة لعدم إنكار أحد منهم عليه . فعن عبيدة السلماني أن عمر بن الخطاب لما دون النواوين جعل الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم<sup>(٢)</sup> . وفي روايات أخرى أن عمر كان يأخذ من أهل البقر مائتين ومن أهل الغنم ألفي شاة ومن أهل الحلال مائتي حلة ، وهو الذي استند إليه أبو يوسف ومحمد وجمهور الخنابلة . وقد روى جابر أن النبي ﷺ فرض على أهل الدية مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة<sup>(٣)</sup> .

ويذهب الأحناف إلى تقدير قيمة الدية من الدارهم بعشرة آلاف على حين

(١) المهلب : ١٩٧/٢ .

(٢) المبسوط : ٧٥/٢٦ .

(٣) رواه أبو داود .

بذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى تقديرها من الدراهم باثنى عشر ألفا .  
ومبنى هذا الاختلاف هو النظر إلى سعر صرف الدراهم بالدنانير زمن النبوة . وتدل  
شواهد عديدة ، أوضحها نصاب الدنانير في الزكاة ( عشرون ) ونصاب  
الدراهم ( مائتان ) على أن سعر صرف الدينار في هذا الزمان هو عشرة دراهم ،  
مما يدل على رجحان مذهب الأحناف في التقدير .

٣٨٢ - والذي يفيد الخلاف في أصناف الدية بالنظر إلى الواقع العملي ،  
المعاصر أن لأولياء الأمر ، الذين يستجمعون شرط الاجتهاد الجزئي في الأقل ، أن  
يختاروا الإبل أو البقر أو الغنم أو الذهب أو الفضة في تقدير قيمة الدية . وإنما جاز  
اختيار أى منها على الأسس التالية :

- (أ) اجتهاد ولى الأمر في الأمور الاختلافية يرفع الاختلاف .
- (ب) هذه الأصناف الخمسة قبلها كثير من الفقهاء في تقدير الدية .
- (ج) صلاحية هذه الأصناف الخمسة لأن تكون معايير منضبطة في تحديد  
القيم الواجبة .

ومع ذلك فأرجو ألا يبعد عن الصواب تقدير الواجب في الدية على أساس  
النظر إلى مجموع قيم هذه الأصناف بأسلوب الربط القيمي Indexation ، فإن  
اعتبارها جميعا من الأصول واختلاف قيمها في وقت معين لا يسوغ التقدير  
بأحدها ، خاصة وأن بالوسع التقدير بمراعاة قيمها جميعا بدون تكلف ولا مشقة .  
ولعل هذا الاجتهاد الذى لم أطلع عليه عند أحد أن يستند إلى الأسس النقية ذاتها  
التي استند إليها الصحابة في توسيمهم لأصناف الدية واعتبارهم البقر والغنم  
أصولا فيها . لقد نحت مشروعات القوانين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية  
إلى تقويم الدية ونصاب السرقة والزكاة بالدنانير أو الذهب ؛ ففى المادة ٢١٢  
من مشروع القانون العقابى المصرى طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية أن ( دية  
المقتول ذكرا أو أنثى مسلما أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراما  
من الذهب الخالص . ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة

(١) حاشية النسوى : ٢٦٧/٤ ، والمهلب : ١٩٦/٢ ، وللدع : ٣٤٥/٨ .

من مصلحة دمج المصوغات والموازين .. (١). ولكن المادة ٢٨ من مشروع قانون القصاص والديات الذى أعده مجلس الفكر الإسلامى Islamic Ideology الباكستانى فى عام ١٩٨٤ وناقشه مجلس الشورى فى جلسات متعددة بعد ذلك وقد ورد فيها النص على تقدير الدية بالفضة ، ونصها : ( قيمة الدية عشرة آلاف درهم شرعى ، بما يعادل ٦٣ و ٣٠ كيلو جرام من الفضة أو قيمتها من عملة البلاد وقت صدور الحكم ) . ولعل القصد من هذا العدول عن الذهب إلى الفضة هو التخفيف من قيمة الدية ، فإن قيمة هذا الوزن من الفضة لا يقارب قيمة الدية بالرجوع إلى الذهب . ويرد إلى اللهن السؤال عن مشروعية العدول بهذا القصد . الذى تفيد الآثار أن الرجوع إلى أى من هذه الأبدال المختلفة فى عهد عمر رضى الله عنه كان على أساس غلبة التعامل ، وهذا ما تفيد ألفاظ هذه الآثار وأنه جعل على أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الغنم ألفين . وإذا كان المناط فى جواز التقدير بالرجوع إلى أى من هذه الأصناف هو غلبة التعامل به فى بيئة التقاضى فإن العدول عن الغالب إلى التعامل وهو الذهب إلى الفضة بقصد تخفيف قيمة الواجب على الجاني وعاقبته سيكون أمراً مشكوكاً فى صحته . وأجد أن التقدير بالذهب أو بقيم مجموع هذه الأصناف هو الأولى من اختيار التقييم بأحدها على أساس النقص فى القيمة . بل إن ترك الأمر للقاضى فى تقدير الدية بالرجوع لأى من هذه الأصناف بقصد التخفيف أو التغليب تبعاً لجسامة الخطأ أو الضرر أمر قد لا يسلم من النقد ، بحكم أن مناط جعل هذه الأموال أصولاً هو غلبة التعامل بها بين المتقاضين (٢) .

٣٨٣ - الزيادة على الدية : الدية غرامة مقلدة شرعاً لا تجوز الزيادة عنها إلا بسبب يبرح هذه الزيادة . وهو ما ينصرف إليه قوله صلى الله عليه وسلم : ( دية الخطأ مائة

(١) مضبطة جلسة مجلس الشعب المصرى للمقابلة فى ٢٠ يولية ١٩٨٢ .

(٢) لطن الدكتور فكرى أحمد عكاز فى كتابه فلسفة العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون : ص ٢٨١ إلى جواز تحديد قيمة الدية لمحددات متروكة بالنظر لقيم هذه الأصول الخمسة ، بحيث يكون لقيمتها حد أعلى وحد أدنى ، ويخبر القاضى بينهما ، مراعاة لضرر الجاني عليه وخطأ الجاني . ولا يعكس على هذا الاستيعاب المفيد عملياً .

بعر ، فما زاد بعير من أمر الجاهلية<sup>(١)</sup> . وإنما عنى الشارع بتقدير الدية على هذا النحو لإبطال عوائد الجاهلية التى كانت تفرق بين قتيل وآخر فى تقدير الدية ، تبعاً للمنزلة الاجتماعية وقوة القبيلة وعلاقة الجاني بها ، وذلك لتأكيد معنى المساواة بين الناس فى الإنسانية . ولذا يشير الحديث السابق الذكر إلى أن الزيادة على الدية لا تجوز ، ولو بعير واحد ، بحكم أن هذه الزيادة موروث جاهلى . غير أن تقييد المساواة بالمعادلة هو الذى اقتضى فيما يبدو الزيادة على مقدار الدية إذا قام سبب شرعى للزيادة . وأهم الأسباب الشرعية للزيادة فى أمرين : أولهما إلزام الشارع بتغليظ الدية ، والثانى : تعدد الأضرار حيث يتعدد الواجب جبراً لها . وتفصيل هذين الأمرين فيما يلى :

٣٨٤ - التغليظ فى أصناف الدية : اتفق الفقهاء على مشروعية الدية المغلظة فى العمد وشبهه . ولا تزيد الدية المغلظة عن الخففة الواجبة بالخطأ فى عدد الإبل ، وإنما تزيد فى أستانها وصفاتها مما يؤثر فى قيمتها . ويرتفع الواجب فى المغلظة عن الواجب فى الخففة بمقدار الثلث ؛ فدية الخطأ من الإبل عند الأنحاف والمخالطة أخماس : عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة . وهى عند المالكية والشافعية كذلك إلا فى إبدال ابن المخاض بابن اللبون<sup>(٢)</sup> . أما دية العمد وشبهه فقد ذهب المالكية والشافعية وعدد من فقهاء الصحابة والتابعين إلى أنها أثلاث : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه فى بطونها أولادها<sup>(٣)</sup> . ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أن تقسم الإبل فى العمد وشبهه أرباعاً وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة<sup>(٤)</sup> . ولا تزيد بهذا التغليظ عن الدية الخففة إلا قليلاً .

٣٨٥ - أما تغليظ الدية المقدرة بغير الإبل فقد منعه الشافعى بناء

(١) للصنف لابن أبى شبة : ١٢٨/٩ .

(٢) للسرط : ٧٥/٢٦ ، والمبدع : ٣٤٨/٨ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٢٦٧/٤ ، والمذهب : ١٩٥/٢ .

(٤) الدسوقي : ٢٦٧/٤ ، والمذهب : ١٩٦/٢ .

(٥) المبدع : ٢٥٤/٧ .

على أصله في أن الدية لا تقدر إلا بالإبل . ومعناه أنه يوجب التغليظ إذا وجد سببه  
ويمنع تقدير الدية بغير الإبل . أما هؤلاء الذين أجازوا التقدير بغير الإبل فلم يجوز  
بعضهم التغليظ إلا فيها ، لأنها هي التي وردت بها التصوص فلا تتمتعها  
إلى غيرها . ومقتضاه أنه لا يجوز للقاضي إذا حكم بالذهب والفضة أن يزيد  
على الألف دينار أو العشرة آلاف درهم .

لكن عددا من الفقهاء ، قد أخذ بجواز تغليظ الدية في الذهب والفضة ،  
لثبت أصل التغليظ في الإبل ووجود المعنى الذي أوجب التغليظ في أحوال  
التقدير بالذهب والفضة . وقد أخذ بهذا المذهب كل من المالكية وسقيا الثوري  
والحسن بن صالح وبعض آخر من الفقهاء . جاء في المهلب أن القتل خطأ إن  
حدث في الحرم أو في الأشهر الحرام ، وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم  
ورجب ، وكذا إذا كان المقتول ذا رحم محرم من القاتل فإن الواجب دية مغلظة ،  
( لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه قضى فيمن قتل في الحرم أو في الأشهر  
الحرم أو محرما بالدية وثلاث الدية . وروى أبو النجيع عن عثمان رضى الله عنه  
أنه قضى في امرأة قتلت في الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ، ستة آلاف الدية  
والفين للحرم . وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل في البلد الحرام في شهر حرام  
فقال ابن عباس دية اثنا عشر ألفا ، وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام  
أربعة آلاف فكمثلها عشرين ألفا . فإن كان القتل في المدينة ففيه وجهان : أحدهما :  
أنه يغلظ لأنها كالحرم في تحريم الصيد فكذا في تغليظ الدية . والثاني :  
لا تغلظ لأنها لا قدية لها على غيرها في تحريم القتل بخلاف الحرم )<sup>(١)</sup> .

ويخالف فقهاء المالكية في ضبط التغليظ بثلاث الدية ، وإنما ينضبط عندهم  
بنسبة الفرق بين الدينين الخفيفة والمغلظة . وطريقته كما ذكر الدردير ( أن تقوم  
المثلثة حالة وتقوم الخمسة على تأجيلها ويؤخذ ما زادته الثلثة على الخمسة ،  
وينسب إلى الخمسة ، فما بلغ بالنسبة يزداد على دية الذهب والفضة بتلك النسبة .

(١) البسوط : ٧٧/٢٦ .

(٢) المهلب للشرازي : ص ١٩٦/٢ .

مثاله : لو كانت الخمسة على آجالها تساوى مائة والمثلثة على حلولها تساوى مائة وعشرين ، ونسبة العشرين إلى المائة قيمة الخمسة الخمس فيزداد على الدية مثل خمسها فتكون من الذهب ألفا ومائتين ومن الورق أربعة عشر ألف درهم <sup>(١)</sup> .  
ويحصر المالكية وجوب الدية المغلظة في أحوال قتل الأب أو الأم ولديهما على وجه تعمد الفعل دون قصد منهما إلى إزهاق الروح حتى لا يجب القصاص . أما إذا امتنع القصاص للعفو فلا تجب الدية المغلظة ( الأرباع : بنات مخاض وبنات لبنون وحقات وجذاع ) إلا في الإبل ، ولا تغلظ إذا حكم القاضي بوجوبها في الذهب والورق <sup>(٢)</sup> .

٣٦٠ - والحاصل من هذا كله :

( أ ) تغلظ الدية في العمد وشبهه مطلقا ، وإنما تكون الدية فيها بالإبل ، لورود التغليظ فيها وجدها فيقتصر على ما ورد به النص . وهو مذهب الشافعي .  
( ب ) تغلظ الدية في العمد وشبهه إذا حكم بها القاضي في الإبل على وجه الخصوص وللقاضي أن يحكم بالدية في الذهب والورق ، لكن لا يغلظها فيهما ، وهو مذهب الأحناف .

( ج ) تغلظ الدية في قتل الأبوين أو أحدهما ولدهما إذا لم يقصدا القتل . ويجرى التغليظ في الدية من الإبل أو الذهب أو الورق على الوجه الذى بينه الدردير فيما سبق . وهو أن تحسب قيمة الدية المغلظة من الإبل ثم تحسب قيمة الدية المخففة من الإبل كذلك ، ثم يحسب الفرق بينهما ، وينسب إلى أصل الدية المخففة ، فتضاف نسبة الزيادة إلى أصل الدية من الذهب أو الفضة . وهو مذهب المالكية وبعض الأحناف .

( د ) يجب التغليظ في التعمدى بالقتل في الحرم أو الشهور الحرام أو إذا كان المقتول رجلا محرما من القاتل . ويحسب التغليظ بنسبة ثلث الدية . وينسب هذا الرأي إلى عمر وعثمان وابن عباس .

(١) حاشية الدسوقي : ٢٦٧/٤ . وهذا المعيار نفسه عند بعض الأحناف . انظر العناية مع تكملة فتح القدير : ٣٠٣/٨ . أما جمهور الأحناف فلا تغليظ عندهم إلا في دية الإبل ، البحر الرائق ٣٧٣/٨ .  
(٢) الدسوقي : ٢٦٧/٤ .

### ٣٦٦ - تعدد الواجب من الديات : القاعدة في حساب الواجب

فيما دون النفس أن تقويت جنس المنفعة على الكمال أو إزالة جمال مقصود في الآدمي على الكمال يوجب كل الدية باعتباره نوع إتلاف للنفس فيلحق به وأصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية في اللسان والأنف ، فيجرى هذا الاعتبار في فروع كثيرة . وعلى هذا فما كان قائما من المنافع بعضو واحد ففي إتلاف هذا العضو الدية كاملة ، وما كان قائما بعضوين ففي إتلاف أحدهما نصفها ، وما كان قائما بأربعة ففي إتلاف أحد هذه الأعضاء ربع الدية ، وما كان قائما بعشرة ففي إتلاف أحدها العشر ، وما كان قائما بأكثر من عشرة أعضاء ففي إتلاف أحدها نصف العشر .

### ٣٦٧ - الزيادة على الدية : أما إذا تعددت المعاني التي فانت بالعنوان

فإن الواجب يتعدد ولو تجاوز الدية . وقد قضى عمر رضي الله عنه بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها السمع والبصر والعقل والكلام<sup>(١)</sup> . وفي بداية المجتهد حكاية الإجماع على أن من أصيب من أطرافه أكثر من دية أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان<sup>(٢)</sup> . وإنما تجوز الزيادة على الدية إذا وجد سبب يقتضى هذه الزيادة ، سواء بتعدد المعاني التي فانت بالعنوان أو لقيام ما يوجب التغليب في المسؤولية ، كالخرمية بين الجاني والمجنى عليه وكوقوع العبدان في الحرم أو في الأشهر الحرام أو غير ذلك من الأمور التي قصد الشارع إلى حفظها . وبهذا فإن الدية تمثل الحد الأدنى للفرامة التي قدرها الشرع في إتلاف النفس أو المعاني القائمة بها . وفي هذا يستوى الناس جميعا ، لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم وشريفهم ووضيعهم . أما الزيادة على هذا الحد لوجود سبب يبيح هذه الزيادة وفق القواعد الشرعية للمسؤولية فهو الذي يحقق مبدأ العدالة بالتناسب بين الضرر والواجب . واستحسن ترك أسباب التغليب وتقدير الواجب بكل سبب للقضاة لمراعاتهم من مراعاة الظروف المتنوعة للمتقاضين وأنواع الأضرار وقوة العدول .

(١) المبسوط : ٦٩/٢٦ ، والأصل للشيباني : ٤٦٧/٥ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي .

(٢) بداية المجتهد : ٤١٢/٢ .

وأسوق فيما يلى بعض هذه الأسباب التى توجب التغليظ لمجرد توضيح ما أراه فى هذا الشأن . وهذه هى :

(أ) قوة العدوان وجسامته ، كأن تحدث الإصابة أو القتل بقيادته سيارته وهو سكران أو بإطلاقه النار فى مكان مزدحم أو تركه حيواناته فى موضع يؤمه الأطفال . وتحجب الدية أو جزؤها بمخاطه على حين يجب التغليظ لتعديه بالسكر وإطلاق النار أو الحيوانات فى أماكن لا تناسبها هذه الأنشطة الخطرة . ويرقى إهمال الطبيب بترك شيء من معداته أو غيرها فى جوف المريض إلى أن يكون سببا لإيجاب التغليظ . ومنه كذلك إهمال المرضعة وتركها الرضيع حتى مات أو أصابه مرض . ولا يبعد أن يكون منه إهمال المسئولين فى شركة تعبيد الطرق وتركها خفرا يصعب على قائد السيارة اكتشافها وتجنبها ، فإذا أصيب بهذا السبب وجبت الدية مغلفة على هذه الشركة . ولو منع أحد مضطرا الطعام أو الشراب ، وهو يعلم حاله ، فالدية مغلفة . وبهذا فإن التعدى الجسيم الذى لا يعذر صاحبه مما يلتحق بشبه العمد فى إيجاب الدية المغلفة

(ب) قوة الضرر وتنوعه وزيادته عن الحدود المألوفة . من ذلك أنه لو تسبب فى قطع إصبع فاضطر إلى علاجها فى المستشفى وتحمل فى هذا العلاج نفقات كثيرة ، ثمنا للأدوية وأجرة الطبيب والانتقال إلى المستشفى ، وامتنع عليه فى الوقت نفسه مزاوله عمله فترة طويلة ، كما عانى آلاما قاسية ، فهل يقف الواجب عند عشر الدية لا يتعداه ؟ يتضح مغزى السؤال إذا عرفنا أن عشر الدية لا يتجاوز خمسة عشر ألفا من الجنيهات المصرية<sup>(١)</sup> فإذا انفقوا مقدما فى العلاج لم يبق له شيء لجبر ما لحقه من ضرر . ويجب لهذا أن يفرض له حقه فى الدية أولا ثم يضاف إليه ما يجر أضراره المالية الأخرى . ويجب اعتبار الأضرار النفسية فى التغليظ . ولعل هذا هو مناط تغليظ الدية فيما نص عليه بعض الفقهاء إذا ما كان القتال رحما محرما من المقتول . ذلك أنه لا فرق بين قتل قريب لقريبه

---

(١) قيمة أربع مائة وخمسة وعشرين جراما من الذهب ، بناء على أن الجرام الواحد يساوى بضعا وثلاثين جنيها مصريا فى هذه الأيام .

وبين قتل الأجنبي في حقيقة القتل أو في الإثم ، وإنما الفرق في زيادة ألم أقرباء  
المقتول ، فمست الحاجة إلى رعاية هذا المعنى بتغليظ الواجب شفاء لما في  
نفوسهم . ويسوغ هذا الحكم تغليظ الواجب بزيادة الألم .

والحاصل أن الدية تنصرف إلى تأكيد معنى المساواة بين الناس جميعا  
في التعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية ومعانيها ، على حين ينصرف  
التغليظ إلى تأكيد معنى العدالة التي حرص الشرع عليها كذلك ، حتى يصير  
الأمر إلى إمكان جبر جميع الأضرار وفق قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » .

٣٦٣ - مؤيدات جواز الزهادة : يتأيد جواز الزهادة على الدية في  
الحالين السابقين بعدة مؤيدات ، من بينها :

( أ ) قاعدة عموم رفع الضرر المعتبر كذلك ، سواء كانت الأضرار مالية  
أو بدنية أو نفسية .

( ب ) اعتبار فقهاء الأحناف الألم من الأضرار التي يجوز للقاضي  
تعويضها . وقد روى عن محمد ( في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها  
أثر تحب حكومة بقدر ما لحقه من الألم . وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع  
على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت )<sup>(١)</sup> .  
وينسب صاحب تكملة البحر الرائق القول بوجوب أرش الألم إلى أبي يوسف ،  
كما ينسب إلى محمد القول بوجوب أجرة الطبيب ، وعبارته : ( وإن شج رجلا  
فالتحمت ولم يبق له أثر .. فلا أرش ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال  
أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل ، لأن الشين الموجب إن  
زال فالألم الحاصل لم يزل . وقال بمحمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب ، لأن ذلك أثر  
فعله فكان له أخذ ذلك من ماله . وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف  
عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة . فعلى هذا الاختلاف بين أبي يوسف  
ومحمد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال

(١) المبسوط للرمعي : ٨١/٢٦ .

منفعته ، وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تقوم إلا بالمقد ، كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه المقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم الغرامة ، وكذلك مجرد الأثم لا يوجب شيئا ، لأنه لا قيمة بمجرد الأثم . ألا ترى أن من ضرب إنسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش . وكلنا لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا<sup>(١)</sup> . أما صاحب مجمع الضمانات فينسب القول بوجوب أرش الأثم إلى الإمام أبي يوسف نقلا عما جاء في الهداية<sup>(٢)</sup> وأجد أن نسبة هذا الرأي بوجوب أرش الأثم إلى محمد هو الأولى لتوافقه مع ما يقوله في ضمان المنفعة خلافا لأبي يوسف . ومع ذلك فينبغي ألا يجرى الخلاف بين أئمة المذهب الخنفي أو غيرهم حول ضمان ثمن الدواء في الأقل ، لأنه عين مال تلف بفعل المتعدى فيضمنه . أما أجرة الطبيب وأرش الأثم ، الذي يشبه أن يلتحق بمنفعة العضو فيما يستفاد من التعليل للمذهب أبي حنيفة حسبا سبق ذكره قبل قليل ، فيجرى فيه الخلاف الفقهي في ضمان المنافع . وفي البحر الزخار في الضرب على السن إذا أحدث ألما ، لا خلا ، حكومة وهي غرامة مالية في مقابلة الأثم<sup>(٣)</sup> .

وإذا ترجح وجوب أرش الأثم مع التوسع في تفسير الأثم حتى يشمل جميع الأضرار المعنوية دل هذا على جواز الحكم بالزيادة عن الدية في مقابلة هذا الضرر .

(ج) التعزير بالغرامات المالية وصرف هذه الغرامة إلى المتضرر ، حيث لم ينص أحد من الفقهاء على وجوب صرفها إلى بيت المال ، بل أرشدت نصوص شرعية إلى جواز إعطاء المتضرر ما يقضى به من غرامة جنبا لما لحقه من ضرر . من ذلك ما ورد في تغريم كاتم الضالة بردها ومثلها معها عقوبة له على الكتمان<sup>(٤)</sup> . ومنه أيضا تضعيفه على الغرم على سارق مالا قطع فيه من الثمر المعلق<sup>(٥)</sup> .

(١) تكملة البحر الرائق محمد بن حسين بن علي الطوسي : ٣٨٨/٨ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ١٧١ .

(٣) البحر الزخار : ٧٨٢/٦ .

(٤) .

(٥) نيل الأوطار : ١٣٤/٧ .

وحريسة الجبل التي توجد في مراتعها<sup>(١)</sup> . وقد غرم عمر رضى الله حاطب بن أبا بلتمة ضعف قيمة الناقة التي سرقها عبيده جزاء له على تعديه في تجويعهم طبقا لما سبق ذكره .

وإذ يدل هذا كله على جواز التعزير بالمال في مقابلة المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة فإنه يجوز للقاضي تغريم الجاني فوق الدية لأى معنى من المعاني الموجبة للتغليظ كجسامة الغدوان أو القصد إليه أو تعدد أنواع الضرر .

ويحصل مما سبق ثلاثة أمور :

أولها : الدية هي الحد الأدنى للواجب في مقابل فوات النفس الإنسانية أو معنى من المعاني القائمة بها عند عدم وجوب القصاص أو امتناعه . ويجوز العفو عن الدية أو بعضها عند الأحناف ، أما الصلح على ما هو أكثر منها فلا يجوز إذا كان بدل الصلح من جنسها ، لأن الصلح مبادلة ، ويجوز إذا كان البدل من غير جنسها<sup>(٢)</sup> .

الثاني : جواز الزيادة على الدية في فوات النفس إذا قام ما يستوجب التغليظ .

الثالث : يجرى على الواجب فيما دون النفس من جواز التغليظ ما يجرى على الواجب في فوات النفس .

---

(١) السابق .

(٢) البدائع : ٢٥٤/٧ ، والمبسوط : ٧٩/٢٦ .

### المبحث الثالث : الأروش

٣٦٤ - أنواع الاعتداء على مادون النفس : يقابل العلوان على ما دون النفس في قانون العقوبات المصرى جرائم الضرب والجرح الميينة أحكامها في المواد ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤<sup>(١)</sup> . وهذا النوع من العلوان في الشريعة إما عمد أو خطأ ، وليس فيه شبه عمد ، حيث لا ينظر إلى الآلة الواقع بها العلوان ، وإنما النظر إلى تعمد الفعل أو عدمه .

ويشمل العلوان على ما دون النفس الأنواع الأربعة التالية :

(أ) إبانة عضو من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع والعين والأنف والأذن والشفة والحنك والأسنان واللسان ونحوها .

(ب) إتلاف حاسة من الحواس أو منفعة عضو من الأعضاء مع بقاء صورته كإذهاب حاسة السمع أو البصر أو الشم أو اللوق أو الكلام أو الحركة ، ومنه كذلك إذهاب العقل .

(ج) الشجاج وتختص بجراح الرأس والوجه التى يتفق الفقهاء على التمييز فيها بين الأنواع التالية :

- الخارصة : وهى التى تقطع الجلد وتشقه على نحو لا يؤدى إلى خروج الدم .

(١) مجمل أحكام هذه المواد فيما يلى : أ - العقوبة بالأشغال الشاقة من ثلاث سنوات إلى عشر إذا نشأ عن العلوان عامة مستدعة أو قطع عضو أو فقد منفعة أو كف البصر أو فقد أحد العينين ، وكان هذا العلوان عن سبق إصرار وترصد . ب - الحبس في الإصابات النشئة في المرض أو المعجز أكثر من عشرين يوماً . ولا تزيد فترة الحبس عن عامين ، كما يجوز للقاضي تفريم الجاني ما لا يزيد عن مائة جنيه مصرى . ج - الحبس فترة لا تزيد عن سنة إذا لم يبلغ الضرب أو الجرح درجة الجساسة السابقة ( المرض أو المعجز عشرين يوماً ) إلا إذا كان الضرب أو الجرح عن سبق إصرار وترصد فيزيد الحد الأعلى للحبس إلى عامين ، كما تزيد الغرامة إلى مائة جنيه مصرى . د - في الإصابات الناشئة عن الخطأ أو الإهمال والرحوة لا تزيد مدة الحبس عن عام واحد والغرامة عن خمسين جنياً ، أما إذا نشأت عامة مستدعة أو كان الإخلال بالواجب جنسياً فيجوز أن تبلغ العقوبة ضعف ذلك .

- الدامية : وهى التى تسيل الدم .
- الباضعة : وهى التى تقطع اللحم .
- المتلاحمة : وهى التى تدخل فى اللحم .
- السحقاق : وهى التى تصل إلى الجلد الرقيقة التى تغطى عظم الرأس المسماة بهذا الاسم .
- الموضحة : وهى التى توضح عظم الرأس أو الوجه .
- المنقلة : التى ينتقل فيها العظم بعد كسره .
- الآمة : التى تصل إلى أم الدماغ .
- الدامغة : التى تصل إلى الدماغ نفسه . ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى بعدها .

ويضيف الأحناف والشافعية والحنابلة شجة أخرى هى الهاشمة التى تهشم العظم وتكسره ولا تنقله عن موضعه ، كما يضيف المالكية ومعهم الأحناف شجة يطلقون عليها اسم الدامعة التى يظهر فيها الدم كالدمع لا يسيل<sup>(١)</sup> . ويكشف هذا التفصيل عن ميل الفقهاء إلى الدقة ومتابعتهم لجهود علماء التشرىح فى العصور السابقة . وعلى سبيل المقارنة فإن القانون المصرى يعتمد على التفريق فى الجراح والشجاج بوجه عام بين ما يورث المرض أو العجز فترة تزيد عن عشرين يوما أو تقل عن ذلك .

(د) الجراح : وهى التى تحدث فى أجزاء الجسد مما سوى الرأس والوجه . وهى نوعان :

- جائفة : أى تصل إلى جوف الجنى عليه ودخله ، سواء كان ذلك فى الصدر أو فى الظهر أو البطن أو الحلق .

---

(١) البدائع : ٢٩٦/٧ ، وتبين الحقائق : ١٣١/٦ ، والدر المختار : ٤١١/٥ ، والمبسوط : ٧٣/٢٦ ، وتكملة البحر الرائق : ٣٨/٢٨٣ ، والأصل لمحمد : ٤٥٦/٤ ، والآثار لمحمد : ص ٩٨ ، والمهذب : ١٩٩/٢ ، وحاشية الجمل : ٦٣/٥ ، ونهاية المحتاج : ٣٠٥/٧ وما بعدها ، والتمهيد : ٢٥١/٤ ، والشرح الكبير : ٦٢١/٩ وما بعدها ، والفتاوى : ٢٩٨/٨ وما بعدها .

- غير الجائفة : وهى التى لا تصل إلى الجوف لسطحيتهما أو لكونها فى مكان لا جوف فيه ، وذلك كجراحات اليد والرجل .

٣٦٥ - القصاص : العقوبة على هذه الجنايات فى الشريعة إذا كان الفعل متعمدا هى القصاص ، شريطة استجماع الأمور التالية :

( أ ) انتفاء أسباب إباحة الفعل وموانع العقاب وإلا لم يتحقق السبب الموجب للقصاص . وبعد الفعل مباحا إذا رخص فيه الشارع كدفع الصائل بشروطه الفقهاء ، أو كان الفعل أداء لواجب كقيام الطبيب بإجراء جراحة أو تنفيذ حكم القصاص . ومن موانع العقاب أن يكون الجانى صبيا أو مجنونا .

( ب ) كون الجنى عليه معصوم الدم . أما إذا كان مهتر الدم كحرق أو ارتكب جرمته توجب قتله حدا فلا قصاص على الجانى لعدم عصمة دم الجنى عليه ، ويعزر الجانى بما يراه القاضى من عقوبة لافتياته على السلطة العامة فى تولى عقاب الجنى عليه بنفسه . ومنه كذلك أن يرتكب الجنى عليه جريمة توجب قتله قصاصا إذا كان الجانى من أولياء الدم . ولذا لو جرح ولى الدم عضوا لقاتل وليه لم يجب القصاص على هذا الولى لحقه فى القصاص منه . ويجب الضمان فى رأى أى حنفية . جاء فى البدائع : ( لو كان له على رجل قصاص فى النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس .. ضمن دية اليد فى قول أى حنفية ، وقال أبو يوسف وعبد : لا ضمان عليه . وجه قولهما أن نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن .. فبعد ذلك إن عفا عن النفس فالعفو ينصرف إلى ما بقى لا إلى المستوفى ، كمن استوفى بعض دية ثم أبرأ الغريم أن الإبراء ينصرف إلى ما بقى لا إلى المستوفى ، كذا هذا . ولأى حنفية رضى الله عنه أن حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل ، لا فى المحل وهو النفس ، أو يقال حقه فى النفس لكن فى القتل لا فى حق القطع ، لأن حقه فى المثل .. ومثل القتل هو القتل ، فكان أجنيا عن اليد . فإذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن . وكان القياس أن يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية <sup>(١)</sup> .

(١) بدائع الصالح : ٣٠٤/٧ .

(ج) المكافأة بين الجاني والجنى عليه . واتفاق الفقهاء على اعتبار الأثني مكافئة للذكر<sup>(١)</sup> في القصاص في النفس وفيما دونها . والأرجح التسوية بين المسلم والذمي ، فلم يمانعنا ما علينا بنص حديث النبي ﷺ ، وهو ما أخذ به أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى<sup>(٢)</sup> . والأرجح كذلك التسوية بين المسلم والمستأمن لمصمة دمه بالأمان ، طبقا لما قرره الفقهاء من أن عصمة الدم تكون بإيمان أو بأمان . وهو مذهب أبي يوسف<sup>(٣)</sup> .

(د) - إمكان استيفاء القصاص مع تحقق المماثلة بلا حيف ولا زيادة . ويقتضى هذا الشرط التماثل في المحل والموضع ، بحيث لا يقتصر إلا من نظير العضو المعتدى عليه في الجنابة ، كما يقتضى التماثل في السلامة فلا يؤخذ الصنخج بالأشل ولا الكامل بالناقص . ويقتضى كذلك ألا يترتب على الاستيفاء هلاك الجاني أو مجاوزة ما لحق الجنى عليه من الأذى<sup>(٤)</sup> .

ومع اتفاق الفقهاء على هذه الشروط فقد اختلفوا في تطبيقها . والأرجح أنه لا قصاص إلا فيما يقطع من المفاصل أو فيما كان له حد معلوم ينتهي عنده ، كما أنه لا قصاص في عظم إلا في السن . ولا قصاص في إذهاب الخواص والمنافع مع بقاء أعيانها لتعذر المماثلة في الاستيفاء ، وهو مذهب الأحناف خلافا لما أخذ به المالكية والشافعية والحنابلة . ولا قصاص كذلك في غير الموضحة من الشجاج ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية خلافا للمالكية . أما الجراح فلا قصاص فيها عند أبي حنيفة لتعذر المماثلة . خلاف للشافعية والحنابلة الذين أجازوا القصاص فيما هو في معنى الموضحة من الجراحات . ويرى المالكية وجوب القصاص في الجراحات والشجاج جميعها بأن يقيس الأطباء طول الجرح وعمقه ويشقون مقداره في جسد الجراح . والأرجح ما ذهب إليه الجمهور في ذلك .

(١) البدائع : ٣١٠/٧ ، والمبني : ٢٧٦/٨ وما بعدها .

(٢) تبين الحقائق : ١٠٥/٦ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢٣٦/٧ ، والمبني : ٢٥١/٨ .

(٤) الشرح المباني الإسلامي لمودة : ٢١٩/٢ .

٣٦٦ - الأروش : إذا تعلق القصاص لفقد شرط من الشروط السابقة عدل عنه إلى جبر الضرر الواقع على المجنى عليه ، دون أن يسقط ذلك حق المجتمع في جواز تعزيره . والقاعدة أن ( في الجراحات القصاص فيما يقدر فيه على القصاص والأرض فيما لا يقدر عليه ) . ولا تثبت القوانين الحديثة حق القصاص فيما دون النفس من جراحات وإصابات على الرغم من استمرار أكثرها على الاعتراف بهذا الحق نفسه في الجناية على النفس وفي تطبيق عقوبة الإعدام . وهو ما تنص عليه المادة ٢٣٠ من قانون العقوبات المصري . وقد حاولت بلاد كثيرة إلغاء عقوبة القصاص في النفس فيما يشار إليه بإلغاء عقوبة الإعدام ، طردا للباب على وتيرة واحدة حتى يمتنع القصاص في النفس وفيما دونها ، لكن عددا منها قد عاد إلى الاعتراف بهذه العقوبة مرة أخرى . إن القصاص في النفس وفيما دونها هو روح العدالة ، والمجنى عليه هو الأولى بالرأفة والعناية ، ولا يجوز ترك الضرر في مكانه حيثما وقع تسليما بالأمر الواقع وهو الذي قصدت إليه الشريعة حين اعترفت بحق المجنى عليه في القصاص فيما دون النفس مع تقييد هذا الحق في التطبيق بشروط عديدة مراعاة لكل من حق المجنى عليه وحق الجاني . أما إذا تعلل القصاص فيلجأ إلى العقوبة التعزيرية رعاية لحق الله تعالى وإلى إثبات الأروش جبرا للضرر الواقع على المجنى عليه .

والأروش على نوعين : مقدرة وغير مقدرة .

- ( أ ) الأروش المقدرة : هي الأجزاء المألفة التي حدد الشارع مقاديرها جبرا لما لا يختلف من الأضرار باختلاف الأشخاص .
- ( ب ) أما الأروش غير المقدرة فهي التي ترك الشارع للقاضي الحرية في تقديرها . ويطلق على هذه الأروش حكومة عدل في اللغة الفقهاء إشارة إلى ما تثبت به وهو التقدير العادل .

٣٦٧ - انتظار البرء : لا يقضى بالأروش المقدرة أو غير المقدرة قبل استقرار الإصابة ومعرفة ما يؤول إليه الجرح ، لأنه هو المعول عليه في تقدير الواجب به ، وقد يسرى إلى النفس فيصير قتلا . جاء في الشرح الكبير : ( يؤخر القصاص فيما دون النفس لبرء المجرع ، لاحتمال أن يأتي جرحه على النفس .

فيكون الواجب القتل<sup>(١)</sup> . وفي المبدع : ( ولا تجب دية الجرح حتى يندمل ، لأنه لا يدري أقتل هو أم ليس يقتل ، فينتظر ليعلم حكمه ، وما الواجب فيه ، ولهذا لا يجوز الاستيفاء في العمد قبل الاندمال فكذا في الخطأ . ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى يئأس من عودها ، لأنه مما يحتمل العود ، فلا يجب شيء مع الاحتمال كالشعر . وإنما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة : إنها لا تعود أبدا<sup>(٢)</sup> . ولو برىء من الإصابة سقط الواجب فيها ، فلو ( قلع سن كبير أو ظفر ثم نبتت أو رده فالتحم لم تجب دية .. وفيها حكومة إن نقصت أو ضعفت .. ولو ذهب سمعه أو بصره أو همه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت دية لزوال سببها . وإن كان قد أخذها ردها ، لأنه تبيها أنه أخذها بغير حق . وإن عاد ناقصا أو عادت السن أو الظفر قصيرا أو متغيرا فعليه أرش نقصه خاصة ، لأنه نقص حصل بجهلته كما لو نقصه مع بقاءه . وإن قلع سن صغير وبس من عودها ، وحده الإيأس منه لأنه هو الغالب في نباتها .. وجبت ديتها ، لأنه أذهبها بجهلته ذهابا مستمرا كسن الكبير<sup>(٣)</sup> .

ويتضمن هذا النص الأحكام التالية :

- الانتظار في تقدير الواجب بالجرح إلى حين اندماله ، كما ينتظر في القضاء بالواجب في قلع السن والظفر والشعر إلى أن يشهد مخبران بالإيأس من عود المقلوع .

- تقدر فترة الانتظار بالغالب في البرء أو الاندمال أو تغير الإصابة .

- يسترد الجاني ما دفعه في جبر الضرر إذا تغيرت الإصابة وشفى المجنى عليه منها .

- تحسب نسبة العجز كالثلث أو الربع ويقدر الواجب في الإصابة بعد استقرارها بحسب هذه النسبة ، وهو ما يطلق عليه في اصطلاحات الفقهاء المسلمين أرش النقصان .

٣٦٨ - وقد التفت القضاء الإنجليزي إلى هذه المشكلة مؤخرا ولم يصل

(٢) المبدع : ٣٨٧/٨ .

(١) حاشية الدسوقي : ٢٦٠/٤ .

(٣) السابق : ٣٨٨/٨ .

إلى حل مناسب لها إلا في تشريع ١٩٨٢ . وفيما يلي توضيح ذلك :

(أ) هدف القضاء الإنجليزي إلى التعويض عن الأضرار التي لحقت بالجنى عليه في الحاضر والمستقبل بتقدير مبلغ مقطوع Lump Sum جملة واحدة . وعلى الرغم من يسر ترديد هذه العبارة فإن تطبيقها في الواقع ، فيما يلاحظه Dias وزميله ، أمر عسير للغاية ، إذ لا حيلة للقاضي في حساب الأرباح التي كان سيكتسبها المصاب في المستقبل لولا هذه الإصابة إلا الاعتماد على لعبة التخمين Guessing game المخوفة بالمخاطر ، والتي تفوق طاقة البشر ولا تستند إلى قواعد حقيقية . وقد أشير في معرض انتقاد الاعتماد على التقدير المقطوع Lump Sum الصى يستحقه إلى احتمال تغير قيمة النقود بارتفاع معدلات التضخم أو انخفاضها ، كما أشير إلى احتمال تغير إصابة المعتدى عليه بالبرء أو السراية إلى غيرها . ومع ذلك فقد كان المتبع أن يقدّر القاضي شيئا لا يتغير بعد ذلك بتغير الظروف ، بحكم اعتباره تقديرا نهائيا .

(ب) التفت اللورد ديننج Denning R.M. إلى هذه الانتقادات وأثارها بقوة في محاولته عام ١٩٧٩ إقناع محكمة الاستئناف أن تعتبر الحكم بالمقدار المقطوع في تقدير التعويض عن الأضرار التي لحقت بالجنى عليه في الماضي أو يحتمل معاناته منها في المستقبل تعويضا مؤقتا Interim award يحق للمحكمة أن تتدخل في المستقبل لتعديل تقديره والتغير فيه بحسب ظروف الجنى عليه واختلاف الضرر اللاحق به عما كان متوقعا عند نظر القضية . وعلى الرغم من تقدير المحكمة لهذا الاقتراح الذي اعتبرته اقتراحا ( فلذا وجذابا ) فإنها لم تأخذ به لعدم دقته فيما تصوره هذه المحكمة والحاجة إلى تدخل السلطة التشريعية لإقراره . ومع ذلك فقد تأثرت المحاكم في عملها بمضمون هذا الاقتراح ، حيث عمدت إلى تأجيل النظر في قضايا الجروح والإصابات البدنية أو تأجيل الحكم فيها إلى حين انتضاح ما تؤول إليه . لكن هذا الحل قد أدى إلى طول أمد التقاضي في نزاعات الضمان . (ج) وفي عام ١٩٧٤ اقترح نظام الفصل في المحاكمة Split trial بين إثبات المسؤولية وبين تقدير الضمان<sup>(١)</sup> . ويقود هذا الاقتراح إلى ما يقود إليه

(١) انظر حكم محكمة الاستئناف في قضية Coenen V. Payne ، ص ٤٠٣ من كتاب ( دباس ) .

الاقتراح السابق من تأخير وصول الحق لصاحبه . ولهذا فإن لجنة بيرسون Pearson Committee لم تأخذ بهذا الحل في توصيتها بإلغاء نظام التقدير المقطوع ، ومطالبتها بالأخذ بنظام التسييط في دفع المستحق في التعويض<sup>(١)</sup> .

- لكن الحل الأخير لهذه المشكلة قد تمثل في صدور قانون ١٩٨٢ الذي جاء بنظام التعويض المؤقت Provisional Damages . وقد أصبح من حق المتضرر أن يطالب بمقتضى هذا القانون بحقه في التعويض عن الخسائر الحالية به فعلا وأن يطالب في المستقبل بالخسائر التي تحمل به فيما بعد .

ولا يتناقض هذا الحل فيما يبدو للوهلة الأولى مع ما قرره الفقهاء المسلمون ، إلا أنهم يضيفون الحق في طلب تعديل الحكم القضائي بتحديد مقدار التعويض إلى المدعى عليه إذا ما استطاع إثبات أن المدعى قد أخذ فوق ما يستحقه لتحسن إصابته أو لبرئه منها .

٣٦٩ - الأروش المقدرة : تقدم أن الأروش المقدرة - هي التي حدد الشارع في الإصابات البدنية مقدار الواجب فيها . وإجمال أنواع هذه الأروش فيما يلي:

(أ) وجوب الدية كلها : تجب الدية كاملة في التعدي بإبانة عضو لا نظيره في الجسم ، أو بإذماره منفعته مع بقاء صورته أو بإزالة جماله المقصود في الإنسان . وتجب لها في قطع الأنف وجده أو مع المارن وهو ما لأن من الأنف وتخلل من العظم ، وفي قطع اللسان ، وفي شعر الرأس وشعر اللحية إذا لم ينبت بعد الإصابة . وتجب الدية كاملة بفقد قدرة العقل أو المشي أو الكلام أو الشم أو السمع أو البصر أو الإنجاب .

(ب) وجوب بعض الدية : أما الأعضاء المثناة في الجسم كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والشفيتين والحاجبين ففي إبانة أحدها نصف الدية . وفي قطع أحد الأعضاء الرباعية في الجسم كاشفارين العينين وأهدابهما ربع الدية . وفي قطع ماله نظائر عشرة في الجسم عشر الدية . فاعتبرت نسبة الضرر إلى الدية .

(١) . Dias and Markesinis on Tort Law P. 401 .

وفي الموضحة من الشجاج<sup>(١)</sup> نصف عشر الدية . ويفرق أبو حنيفة بين موضحة الرأس التي تجب فيها هذه النسبة وبين موضحة الوجه التي يجب فيها عشر الدية ، بناء على أن الضرر فيها أشد ، فإن الشعر يستر موضحة الرأس والوجه لا يستر . وفي الهاشمة عشر الدية ، وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية ( ١٥ ٪ ) ، وفي الأمة أو المأمومة ثلث الدية . وفي الجائفة ثلث الدية<sup>(٢)</sup> .

ويفتت في ديات الشجاج والجروح إلى الأمرين التاليين : .

أولهما : أنه لا تقدير في غير هذه الجراح الخمسة : الموضحة والهاشمة والمنقلة والأمة والجائفة . أما غيرها من الشجاج والجراح فيجب فيها أرش غير مقدر .

والثاني : تعدد الواجب وزيادته بتعدد الإصابة وشدها ، فلو ضربه ضربة أحدثت به هاشمتين لا تتصلان ويحجز بينهما حاجز وجب في كل منهما العشر . ولو أحدث جائفتين وجب ثلثا الدية . ويزاد في العمد عن الخطأ فيما دون النفس ما يزيده العمد في الجنابة على النفس .

٣٧ - الأروش غير المقدرة : لم يقدر الشارع الواجب في الإصابات المتفاوتة ، وترك أمر تقدير هذا الواجب إلى القاضي أو من ينفيه ممن تتوفر فيه صفة العدالة . وهذا هو معنى تفويض التقدير إلى حكومة العدل فيما يجري على ألسنة الفقهاء . وتشبه حكومة العدل في ضمان التعدي عقوبة التعزير لتفويض التقدير فيها للقاضي . ويرشد هذا المفهوم إلى وجود قاعدة عامة في الفقه الإسلامي ، هي أن التعدي على البدن الإنساني يوجب التعويض المفروض تقديره للقاضي إذا لم يحدد الشارع مقداره . ويدخل في هذا النوع من الأروش الإصابات التالية :

---

(١) سبق توضيح معاني هذه الشجاج .

(٢) أنظر الآثار المتعلقة بالواجب في الشجاج والجراح في المصنف لابن أبي شيبة ١٤١/٩ ، ١٤٨ ، ونصب الرابة في تخرج أحداث الهداية للزبيدي : ٣٧٥/٤ ، ومصنف عبد الرزاق : ٣٠٥/٩ وما بعدها ، والمحل لابن حزم : ٤٥٨/١٠ ، والسنن الكبرى للبيهقي : ٨١/٨ .

(أ) إهانة جزء عضو ، كقطع بعض الأنف ، وكقطع بعض اللسان مما لا يمنع الكلام ، أما إذا امتنع الكلام ففيه الدية كاملة<sup>(١)</sup> .

(ب) نقص منفعة العضو (العجز الجزئي) ، كأن يصيبه إصابة تمنعه عن المشي المتتابع ولا تمنعه عن الحركة ، أو تؤثر على نطقه أو بصره أو حاسة الذوق عنده . وقد روى عن سعيد بن المسيب أن رجلاً أصاب عين رجل فذهب بعض بصره وبقي بعض ، فرفع ذلك إلى علي فأمر بعينه الصحيحة فقصبت وأمر رجلاً بيضة فأنطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك علماً . قال : ثم نظر في ذلك فوجده سواء . فقال أعطوه بقدر ما نقص من بصره من مال الآخر<sup>(٢)</sup> . وعلى الرغم من التسليم بالمبدأ القاضي بإعطاء المتضرر نسبة من دية العين تماثل نسبة العجز التي لحقتها فإن المعيار المنسوب للإمام على رضي الله عنه في تقدير نسبة العجز أو النقص في الاصطلاح الفقهي معيار لا يكشف عن الحقيقة فيما يلاحظ الشعبي ، لأنه يعتمد على إخبار المتضرر عن حال نفسه ، ومن مصلحته التقدير بارتفاع نسبة العجز فيتهم . وهذا هو معنى قول الشعبي في تعليقه على ما نسب إلى الإمام على في الذي أصيبت عينه حيث أراه البيضة ، بأنه : ( إن شاء زاد في عينه التي يبصر بها ، فقال إنه يبصر بها أكثر مما يبصر بها ، وإن شاء نقص من عينه التي أصيبت فقال إنه لا يبصر بها وهو يبصر بها . ولكن أمثل من ذلك أن ينظر طبيب ما يرى فينظر ما نقص منها<sup>(٣)</sup> . ولو ضرب الرجل فيح واعترضت صوته خشونة ، أو ( غَنَ ) وخرج الصوت من أنفه اعتبر ذلك إذهاباً لمنفعة الكلام ووجب فيه الدية<sup>(٤)</sup> . أما إذا ثقل كلامه فيقتل الواجب بحساب النقص . ويشبه هذا - على سبيل المقارنة أسلوب حساب الواجب في العجز الجزئي عند أهل القانون .

(ج) إهانة الأعضاء غير الصحيحة كلسان الأخرس وعين الأعور والإصبع الزائدة ويد الأشل وما يماثله . وهو مذهب الحنابلة والشافعية

(١) مصنف ابن أبي شيبة : ١٧٨/٩ .

(٢) السابق : ١٧٢/٩ .

(٣) السابق .

(٤) السابق : ١٧٠/٩ .

والأحناف . جاء في المبسوط : ( وفي لسان الأحرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء ... حكم عدل بلغنا ذلك عن إبراهيم . وهذا لأن إيجاب كمال الأرض في هذه الأعضاء باعتبار تقويت المنفعة الكاملة ، وذلك لا يوجد لأن منافع هذه الأعضاء كانت قائمة قبل جنايته<sup>(١)</sup> .

ويختلف المالكية الجمهور ويرون وجوب الدية كاملة في قطع العضو غير

(٤) قد يوضح هذا الأسلوب قضية المجلس البلدى بالخرطوم ضد ميشيل قطران التى نظرها المحكمة العليا بالخرطوم عام ١٩٥٨ . وموضوع هذه القضية التى كانت محكمة الدرجة الأولى قد نظرها قبل هذا التاريخ أن ميشيل قطران قاضى جزئى المحكمة العليا بالخرطوم كان دعى إلى حفل أقامته السفارة العراقية بالخرطوم فى الساعة مساء اليوم الثالث من مايو ١٩٥٧ الموافق لليوم الثالث من شوال ، حيث لا يظهر القصر فى هذا الوقت من الشهر ، فبدأ الطريق مظلتنا لحظة وصول القاضى أمام السفارة فى الثامنة إلا ربعا من مساء تلك الليلة . وفى طريقه من مكان وقوف السيارة التى جاء فيها إلى مدخل السفارة ، حيث تقدر المسافة بينهما بحوالى خمسة عشر مترا ، سقط المدعى فى مجرى عرضة حوائل مترين ونصف . وقد ثبت أن المجلس البلدى لمدينة الخرطوم هو الذى حفر هذا الجرى قبل الحادث بخمس سنوات ، وأنه لم يكن هناك غطاء فوقه أو نور أو علامات تدل عليه أو أعمدة تحيط به ، وإنما أقام المجلس هذه الأعمدة بعد ذلك . وقد خرج المدعى من هذا الجرى . وهو يعانى آلاما شديدة ، فذهب إلى بيته على أمل الشفاء عما يعانيه . ولم تحف هذه الآلام فعرض نفسه على إحدى اللجان الطبية الحكومية التى نصحته بالسفر إلى لندن للعلاج ، فوصلها فى السادس العشرين من الشهر نفسه . وأثبت الكشف الطبى فى اليوم الثالث لوصوله ١٩٥٧/٥/٢٧ أن المدعى يعانى من بترى فى مفاصل القدم ، وهو يؤذى إلى (عجز مستديم) ، من ناحية أنه سيكون يقدمه عرج لا يسمح له بالسير على أرض غير مستوية إلا بمعاونة فى المشى . ومن المحتمل أن التهابات المفاصل قد تزداد فيما بعد . وقدر الأطباء المصابون نسبة المعجز فى حدود ٦٥% إلى ٧٥% . ( وروى المدعى للمحكمة الآلام والمناصب التى عانها .. والآلام التى لا يزال يقاسى منها فى سيرة ، وحرمانه من المجتمعات التى كان ينشأها والمصائب التى يجدها أثناء عمله بالمحكمة ) . وقد اضطر للمدى لإجراء عملية خطيرة استلزم استئصال بعض عظام القدم لتخفيف من الآلام التى يعانيها . وقد صدر حكم محكمة أول درجة بتقدير التعويض ٧,٣٣٢,٨٥٠ جنية ، منها ٢,٣٣٢,٨٥٠ من الجنيات تعريضا خاصا فى مقابل التفات التى تحملها ، والباقى وقدره بمائة ألف جنية تعريضا عاما عن الإصابة التى لحقت به من إهمال المجلس البلدى . والذى يلتفت إليه من هذه القضية فى هذا السياق هو أسلوب تقدير العجز للتعويض الآن وإمكان مقارنته بالأسلوب الذى أشار إليه الشعى . انظر هذه القضية فى أصول المسقولة التقصيرية فى قانون المعاملات المدنية الإسلامى السودانى للدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١١٨ وما بعدها .

(١) المبسوط ٨٠/٢٦ ، وانظر : المهذب للشيرازى : ٢٠٦/٢ ، وكشاف القناع للبيرونى : ٥٠/٦ .

الصحيح ، هذا هو الراجع في مذهبيهم . والرجوح أن في قطع العضو غير الصحيح حكومة عدل<sup>(٢)</sup> .

(د) الجروح والشجاج التي لم يوجب الشارع فيها شيئا مقدرا . وينصرف ذلك في الجراح إلى ما عدا الحائفة وفي الشجاج إلى الحارصة والدائمة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، لأنها ليس فيها جميعا شيء قدره الشارع<sup>(٣)</sup> .

(هـ) أرش الألم في الجراحات التي برئت من غير شين على الخلاف السابق ذكره بين أئمة المذهب الحنفي . وقد رجعت نسبة القول بضمان أرش الألم لعماد بن الحسن ، للعلاقة بين القول بضمان أرش الألم وبين ضمان المنافع على الرغم من وجوب التفريق بين هذين النوعين من الضمان<sup>(٤)</sup> .

ويتألف ضابط اعتبار أرش الألم في منصوص فقه الأحناف من الأمور التالية :

أولها : أن يكون مسبب الألم فعلا غير مشروع .

والثاني : أن تكون نتيجة هذا الفعل ملموسة مادية . ويفترق الألم الموجب للتصويض في هذا عن مجرد الحزن .

والثالث : ألا يدخل موجب هذا الفعل ونتيجته في الأروش المقدرة .

وقد تكرر ذكر أرش الألم في كتب الأحناف بخصوص مسألة معينة ، هي مسألة شفاء الجرح على غير شين . وأجد مع هذا أن من المستحسن التوسع في تفسير الألم الموجب للأروش بما يشمل النتائج غير المادية من الإهانات والضرب

(٢) حاشية الدسوقي : ٢٢٣/٤ .

(٣) البدائع : ٣١٦/٧ وما بعدها .

(٤) لعل في قضية Wise V. Kaye (١٩٦٢) ما يوضح هذه العلاقة ، حيث دعت المصابة في غيبوبة استمرت عقب إصابتها حتى انتهاء المحاكمة ، وهي فترة بلغت ثلاث سنوات ونصف السنة . وهي قد فقدت طاقاتها وقلباتها Amenities هذه الفترة ، فحكم لها بالتصويض عن هذا الضرر . ولم يقض لها بتصويض كامل عن الألم الذي تسببه هذه الإصابة لأنها لم تستثمر بهلك الغيبوبة . وقد تأكد هذا التفريق بعد ذلك في قضايا مماثلة : انظر - Dias and Markesinis, Tort Law, P. 413 .

واللطم الذى لا يترتب عليه أثر مادى ملموس ، وسيرد توضيح هذا القياس فى مناسبته .

ويُرشد هذا كله إلى نتيجة مؤداها أن أكثر الإصابات التى تلحق البدن غير متماثلة ، ويجب فيها التعويض المفروض تقديره إلى القاضى .

٣٧١ - وقد جاء فى المادة ٢٦٣ من مشروع القانون الجنائى المصرى طبقاً للشريعة الإسلامية إجمال أحوال ( تقدير المستحق من الدية بمعرفة المحكمة ) على النحو التالى : ( تقدر المحكمة الجزء المستحق من الدية للمجنى عليه إذا نشأ عن إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد الأربع السابقة قطع جزء من العضو أو فقد جزئى من منفعة عضو أو جرح غير نافذ أو أية إصابة ليس فيها جزء مقدر من الدية . ويكون تقدير الجزء المستحق من الدية بحسب جسامته الاعتداء والضرر المترتب على الجريمة مع مراعاة النسب المحددة فى هذا الباب . وللمحكمة أن تستعين فى تحديد الضرر برأى أهل الخبرة ) .

أما إجراءات التحقيق الابتدائى فى هذه الإصابات بإثباتها ووصفها وصفاً كافياً وجمع المعلومات والبيانات حول أسباب حدوثها وإحالة المصاب إلى الطبيب المختص ، فقد أجملت هذه كله المادة ٢٧٢ . وتحدد المادتان ٢٧٣ ، ٢٧٤ من هذا المشروع أسلوب إعلان المدعى عليه أو من ينوب عنه قانوناً بحقوقه الناشئة عن الجنابة . أما الأحكام المتعلقة بغياب المجنى عليه أو من ينوب عنه فقد جاءت فى المادة ٢٧٥ التى تضمنت النص على حق النيابة العامة فى المطالبة بالدية أو الأرض إذا كان المجنى عليه عديم الأهلية أو ناقصها . ويسرى على المجنى عليه أحكام المدعى بالحقوق المدنية وعلى العاقلة أحكام المدعى عليه بهذه الحقوق فى قانون الإجراءات الجنائية ، طبقاً لما جاء فى المادة ٢٧٧ من هذا المشروع .

٣٧٢ - غرة الجنين : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً بجنابة عليها فعل الجنائى غرة : عبد أو أمة ، تبلغ قيمة أى منهما نصف عشر الدية . وقد ( روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى فى الجنين يقتل فى بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذى قضى عليه : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استبطن ، ومثل ذلك يطل ، فقال رسول الله ﷺ : إن هذا من إخوان

الكهان .. وعن أبي هريرة أن امرأتين من هذيل استبثا في زمن رسول الله ﷺ فرمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقتل في رسول الله ﷺ بغرة عبد أو وليدة . قال محمد : وبهذا نأخذ ، إذا ضرب بطن المرأة الحرة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة أو محسون ديناراً أو محسمائة درهم نصف عشر الدية . فإن كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشياه ، نصف عشر الدية<sup>(١)</sup> . ( لكن لو انفصل الجنين عن الأم حيا ثم مات من الجنناية ففيه الدية كاملة . وإنما تعرف حياته بظهور أماراتها الطبيعية كالاستهلال عقب انفصاله . أما لو قتلت الأم ثم خرج الجنين بعد ذلك ميتا فلا شيء في الجنين ، وعليه في الأم الدية . وإن كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موتها وخرج الآخر بعد موتها وهما ميتان ، ففي الذي خرج قبل موتها محسمائة ، ولا يرث من دية أمه ولها ميراثها منه ، وليس في الذي خرج بعد موتها شيء )<sup>(٢)</sup> . ويرى المرحوم الشيخ أبو زهرة أن ( تقدير الغرة بنصف عشر الدية على أساس أن غرة الجنين تكون بعشر دية أمه . ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فإن دية الجنين تكون نصف عشر الدية العامة للرجال ، وأن ذلك رأى الأكثرين حتى ادعى الإجماع عليه ) . أما هو فيرجع المساواة بين دية المرأة ودية الرجل ، ولذا يرى مضاعفة الغرة وتقديرها بعشر دية الرجل .

ولتقوم هذا الرأي وإعطائه حقه من التقدير تلزم الإشارة إلى الأمور

التالية :

( أ ) تفيد الآثار أن الجنين لم يكن فيه شيء قبل الإسلام ، وهذا هو ما عناه سائل النبي ﷺ بلغة مسجوعة سجع الكهان ، حيث ذكر أن دم الجنين الذي لم يبد عليه مظاهر الحياة يهلك .

( ب ) يستفاد من الآثار أن النبي ﷺ لم يضع قاعدة التقدير للواجب في الجنين بالعشر أو نصفه ، وأنه إنما قضى في واقعة معينة بإيجاب عبد أو أمة . بل

(١) موطأ محمد بن الحسن : ص ٢٩٣ .

(٢) المصنف لابن أبي شيبة : ٤٦٤/٩ .

إن هذه الواقعة لم تكن معروفة لكثير من الصحابة ، لذا استشار عمر رضي الله عنه الناس في الواجب في إجهاض المرأة ، وحينما روى المغيرة هذه الواقعة طالبه عمر بشاهد آخر يؤيدها .

(ج) الفقهاء هم الذين قربوا قيمة العبد أو الأمة التي قضى بها النبي ﷺ إلى التقدير بنصف عشر الدية . لم تنسب السنة غرة الجنين إلى دية الأب أو الأم ، وإنما قضى النبي ﷺ بعبد أو أمة في الغرة ، ووجد الفقهاء فيما بعد أن قيمتها تقترب من نصف عشر الدية العامة ، فقدروا الغرة هذا التقدير .

والحاصل أن زيادة الواجب في غرة الجنين ، بناء على مساواة دية المرأة بدية الرجل ، أمر يقتدر إلى الأسس التي تسوغه .

٣٧٣ - وإنما يستحق الغرة ورثة الجنين ، لأن العدوان وقع عليه والغرة وجبت له فتنقل إلى ورثته . ولو تسببت الأم في الإجهاض بأن تعاطت دواء أو فعلت فعلا أدى إليه لم ترث من الغرة الواجبة عليها أو على عاقلتها ، لأنه لا ميراث لقاتل . ويدل هذا على اعتبار الشارح للجنين في نفسه دون أمه . وهذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وأصحابه<sup>(١)</sup> . وهو مذهب الخنابلة كذلك ، فقي كشاف القناع أن الغرة مورثة عن الجنين ، ( لأنها دية آدمي حر فوجب أن تكون مورثة عنه ، كما لو ولدته حيا ثم مات . وقال الليث : هي لأمه ولا يورث عنه غيرها )<sup>(٢)</sup> . ويعتبر الليث العدوان على الجنين عدوانا على جزء من أجزاء الأم فستحق التعويض عنه وحدها ، وما تأخذه بهذا التقدير لا يدخل في الميراث ، وإلا لاشارك معها في ميراثه من يدلي إلى الجنين بسبب يوجب التوريث . وأجد لهذا أن حكاية البهوتي مذهب الليث في استحقاق الأم غرة جنيتها بلفظ التوريث ليست دقيقة . ولا يعقل ألا يتفطن الليث إلى ما هو من ضرورة مذهب .

٣٧٤ - دية المرأة : على الرغم من اتجاه جمهور الفقهاء إلى الحكم

(١) المبسوط : ٨٩/٢٦ ، وبدلية المجدد : ٤٠٨/٢ ، والمغلل : ٣٢/١١ ، وحاشية الدسوقي : ٢٦٩/٤ .

(٢) كشاف القناع : ٢٤/٦ .

بتصنيف دية المرأة بوجه العموم فقد تعددت الآراء في هذه الدية بوجه التحديد على النحو التالي :

الرأى الأول : أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس وما دونها . وهو مذهب على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما ، ففى الأم عن محمد ابن الحسن عن محمد بن أبان عن حماد عن إبراهيم عن عمر بن الخطاب وعلى أنهما قالاً : عقل المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وما دونها<sup>(١)</sup> . وأخرج محمد بن الحسن هذا الأثر عن على وعمر<sup>(٢)</sup> . غير أن الإمام أبى يوسف لم يخرج في آثاره ، وإنما أشار إليه في خروجه بلفظ : ( حدثنا بن أبى ليل عن الشعبي قال : كان على رضى الله عنه يقول : دية المرأة في الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دق وجل )<sup>(٣)</sup> . وأخرجه ابن خسر في جامع مسانيد<sup>(٤)</sup> والبيهقى في سننه<sup>(٥)</sup> . ويستدل أصحاب هذا الرأى للمذهب بما رواه معاذ بن جبل عن النبى ﷺ أنه قال : « دية المرأة نصف دية الرجل » . وقد أخرجه البيهقى وقال فيه ( روى بإسناد لا يثبت مثله ) ، وتناقل الناس عنه هذه العبارة<sup>(٦)</sup> . ويخطئ بعض المؤلفين في نسبة هذه الجملة ( دية المرأة نصف دية الرجل ) إلى حديث عمرو بن حزم الطويل ، فيما يلاحظ الحافظ ابن حجر العسقلانى ، وهى ليست فيه وإنما أخرجه البيهقى من حديث معاذ بإسناد لا يقوى على إثباته<sup>(٧)</sup> . وقد أخذ بهذا الرأى كل من الأحناف والشافعية وابن شبرمة والليث والثورى مستدلين بحديث معاذ . وعبارة أحد المدافعين عن هذا الرأى أن حديث معاذ ( إن لم يكن يصلح للاحتجاج فهو لا يسقط عن درجة الاستشهاد )<sup>(٨)</sup> .

(١) الأم للشافعى : ٢٨٢/٧ .

(٢) الآثار : ص ١٠١ ، والجميع للميتة في الرد على أهل المدينة : ٢٧٨/٤ ، ٢٨٥ ، والأصل أو المبسوط : ٤٥٢/٤ .

(٣) الخراج لأبى يوسف : ص ٩٥ . (٤) جامع المسانيد : ١٨٠/٢ . (٥) السنن الكبرى : ٩٦/٨ .

(٦) التلخيص الخبير في تخرج أحاديث الرافعى الكبير : ٢٤/٤ ، وقيل الأوطار للشوكاني : ٢٢٥/٧ ، وإعلاء السنن : ١٦٦/١٨ .

(٧) التلخيص الخبير : ٢٤/٤ ، وإعلاء السنن : ١٦٧/١٨ .

(٨) إعلاء السنن : ١٦٦/١٨ ، وقيل الأوطار : ٢٧٧/٧ .

الرأى الثانى : دية المرأة على النصف من دية الرجل إلا فى أرض الموضحة وأرّش السن فإنهما سواء وينسب هذا الرأى إلى ابن مسعود وشرح ، كما ينسبه البعض إلى عمر كذلك . فعن ( شرح أن هشام بن هيرة كتب إليه يسأله ، فكتب إليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فيما دق وجل . وكان ابن مسعود يقول فى دية المرأة فى الخطأ على النصف من دية الرجل إلا السن والموضحة فهما فيه سواء<sup>(١)</sup> . وأخرج ابن أبى شيبه عن مغيرة عن إبراهيم النخعي عن شرح ، قال أتانى عروة البارقي من عند عمر أن جراحات الرجال والنساء تستوى فى السن والموضحة ، وما فوق ذلك فدية المرأة على النصف من دية الرجل<sup>(٢)</sup> . ويضيف عمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير ، فيما أخرج ابن أبى شيبه ، إلى السن والموضحة المنقلة ، فعن عمر بن عبد العزيز أنه قال : ( فى موضحة المرأة ومنقلتها وسننها مثل الرجل فى الدية )<sup>(٣)</sup> . ويتأيد هذا الاستثناء بافتراض أن الدية من المقدرات التى لا تنقل إلا سماحا ، فكأن ابن مسعود قد سمعه من النبى ﷺ<sup>(٤)</sup> .

الرأى الثالث : التسوية بين الرجل والمرأة إلى ثلث ديتها ، فإن زادت على الثلث فلا تأخذ إلا نصف ما يأخذه الرجل . يوضحه ما روى عن ريعة ابن أبى عبد الرحمن ، قال : ( قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فىمن قطع أصبع امرأة ؟ قال : عليه عشر من الإبل ، قلت : فإن قطع أصبعين منها ؟ قال : عليه عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثة أصابع ؟ قال عليه ثلاثون من إبل . قلت : فإن قطع أربعة أصابع منها ؟ قال عليه عشرون من الإبل . قلت سبحان الله ، لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها ؟ قال : أعراق أنت ؟ فقلت لا ، بل جاهل مسترشد أو عاقل مستفت . فقال : إنه السنة )<sup>(٥)</sup> . ويكشف هذا الحوار عن المعانى التالية :

(١) المصنف لابن أبى شيبه : ٣٠٠/٩ .

(٢) السابق .

(٣) السابق : ٣٠١/٩ .

(٤) انظر المبسوط للرخسى : ٧٩/٢٦ .

(٥) السابق ، رواه مالك فى الموطأ ، وابن أبى شيبه فى المصنف : ٣٠٢/٩ ، والشوكاني فى نيل الأوطار :

(أ) غرض ربيعة من السؤال عن دية الأصبع والأصبعين والثلاثة هو إبراز تناقض القائلين بتصنيف الواجب للمرأة فيما زاد عن ثلث الدية . ولذا غضب أبتأذه من ملاحظاته ولامه على قصده فيما يدل عليه سؤاله : أعراق أنت ؟

(ب) ينكر ربيعة فيما تبديه عبارته ألا يطرد الواجب مع الضرر زيادة ونقصا فيما يستبطن من النصوص الشرعية بعموم معنوى يشبه العموم اللفظي في قوة الاحتجاج .

(ج) فهم الشافعي من قوله ( هي السنة ) معنى سنة النبي ﷺ فترة ثم بان له أن المقصود هو سنة المدينة ؛ ففي التلخيص عن ابن جريج قال الشافعي : كان مالك يذكر أن التصنيف للمرأة بعد الثلث هو السنة ، ( وكنت أتابعه عليه وفي نفسى منه شيء ، ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة فرجعت عنه )<sup>(١)</sup> .

والما ينسب هذا الرأي إلى زيد بن ثابت ، فقد أخرج ابن أبي شيبة أن زيد بن ثابت كان يقول : ( دية المرأة في الخطأ مثل دية الرجل حتى تبلغ ثلث الدية ، فما زاد فهو على النصف )<sup>(٢)</sup> . ولا حجة لمن يقول به من السنة إلا ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من دية » ، رواه النسائي والدارقطني وصححه ابن خزيمة<sup>(٣)</sup> . لكن ابن حجر يذكر انقطاع إسناد الحديث<sup>(٤)</sup> . ويبدو أنه هو ما كان عليه العمل في المدينة بدليل ملاحظة الشافعي السابقة .

الرأي الرابع : التسوية بين دية الرجل ودية المرأة إلى النصف ، فإذا بلغت النصف أخذت نصف ما يستحقه الرجل . وينسب ابن أبي شيبة هذا الرأي إلى الحسن البصري ، فعن ابن عون عن الحسن أنه قال : ( يستوى جراحات الرجال والنساء إلى النصف ، فإذا بلغت النصف فهي على النصف )<sup>(٥)</sup> .

(١) التلخيص الحبير : لابن حجر ٢٥/٤ .

(٢) للنصف : ٣٠٠/٩ .

(٣) نيل الأوطار للشركاني : ٢٢٤/٧ .

(٤) التلخيص الحبير : ٢٢/٤ .

(٥) للنصف : ٣٠١/٩ .

- الرأى الخامس : الماثلة بين دية المرأة ودية الرجل مطلقا في النفس وما دونها . ولا أدري كيف نسب ابن أبى شيبة هذا الرأى إلى علي ، ففى المصنف حدثنا أبو بكر قال : حدثنا حفص عن الشيباني وإسماعيل عن الشعبي . عن علي قال : ( تستوى جراحات النساء والرجال في كل شيء )<sup>(١)</sup> . ولا تحمل نسبة هذا الرأى للإمام علي إلا على وجه الخطأ ، فالذى تناقلته الكافة من مذهبه أنه كان يرى التصنيف مطلقا . وإنما ينسب هذا الرأى إلى كل من ابن علي وأبى بكر الأصم . ومستند هذا الرأى هو العموم الوارد في قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾<sup>(٢)</sup> . وللمساواة بين الرجل والمرأة في الإنسانية والحرمة وفي إيجاب القصاص فيجب أن ينسبوا في بدل عقوبة القصاص وهو الدية<sup>(٣)</sup> .

٣٧٥ - في العصر الحديث : ذهب عدد من الأعلام في العصر الحديث إلى مساواة دية المرأة بدية الرجل . ولعل الشيخ محمد عبده هو أقدم من دعا إلى هذه التسمية في هذا العصر . ورأيه وجوب اتحاد قدر الدية بالنسبة لجميع الناس ، بناء ( على أن الدية في مقابلة الدم فقط ، والناس في نظر الشريعة من هذه الهيئة سواء )<sup>(٤)</sup> .

وقد تابعه في هذا الرأى الشيخ محمود شلتوت رحمه الله ؛ إذ يرى أنه ( إذا كانت إنسانية المرأة من إنسانية الرجل ودمها من دمه والرجل من المرأة والمرأة من الرجل وكان القصاص هو الحكم بينهما في الاعتداء على النفس وكانت جهنم والخلود فيها وغضب الله عليه ولعنته هو الجزاء الأخروي في قتل المرأة ، كما هو الجزاء الأخروي في قتل الرجل فإن الآية في قتل المرأة خطأ هي الآية في قتل الرجل خطأ . ونحن ما دمنا نستقي الأحكام أولا من القرآن فعبارة القرآن في الدية عامة

(١) السابق : ٣٠١/٩ .

(٢) النساء : ٩٢ .

(٣) انظر نسبة هذا الرأى إلى ابن علي والأصم في الفنى لابن قدامة .

(٤) تفسير المنار .

مطلقة لم تخص الرجل بشيء منها عن المرأة : ( ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ) ، وهو واضح في أنه لا فرق في وجوب الدية بالقتل الخطأ بين الذكر والأنثى (١) .

ومن أخذ بهذا الرأي كذلك المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة الذي انتقد مذهب تصنيف الواجب للمرأة بأن القاتل به قد ( نظر إلى المأثية ، ولم ينظر إلى الآدمية وإلى جانب الزجر للجاني . والحقيقة أن النظر في العقوبة إلى قوة الإجرام في نفس المجرم ومعنى الاعتداء على النفس الإنسانية ، وهي قدر مشترك عند الجميع لا يختلف باختلاف النوع .. وعلى ذلك ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء ، إذ هي عقوبة الدماء ، ولأن التعدي يقتل رجل كالتعدي يقتل امرأة على سواء ، ولذلك ترجع كلام أبي بكر الأصم . والنصوص أكثرها أخبار آحاد والتوفيق بينها ممكن ، ولا يمكن ترجيح خبر على خبر ، والآية صريحة في عموم أحكام الدية في القتل الخطأ ، لأن الله تعالى يقول : ﴿ فدية مسلمة إلى أهله وتحريم رقبة مؤمنة ﴾ ، والنبي ﷺ بين الدية بقضية عامة ، وهي مائة من الإبل (٢) .

وقد رجح المستشار على منصور الماثلة بين الرجل والمرأة استناداً إلى عموم قوله ﷺ : « إن في النفس مائة من الإبل » ، وإلى وجوب النظر في تقدير الدية إلى الاعتداء على النفس الإنسانية ، وهي واحدة ، ولا يكون للأخصية في الميراث أو لمعنى منفعة المرأة واختلافها عن منفعة الرجل ، ويؤيد هذه التسوية ، بتعيره ، ( كثير من الفقهاء المحدثين ) (٣) .

وقد أسفر الاتجاه إلى تسوية الواجب في دية المرأة بما هو واجب للرجل منها عن تبني مشروع قانون العقوبات المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية المساواة في الواجب لهما . وتضمن اللجنة التي عهد إليها بصياغة هذا المشروع عدداً

(١) الإسلام عقيدة وشريعة : ص ٢٤٥ .

(٢) الجرمية والعقوبة في الفقه الإسلامي ، الطغوية : ص ٥٧٣ .

(٣) الإسلام مقارناً بالقوانين الوضعية لعل على منصور : ص ١٤٠ .

كثيرا من المتخصصين في الفقه الإسلامى ، من بينهم عدد من رؤساء أقسام الفقه بالجامعات المصرية ووزراء الأوقاف وشئون الأزهر وشيخ الأزهر ورئيس جامعته . وفى المادة ٢١٢ من هذا المشروع أن ( دية المقتول ذكرا أو أنثى ، مسلما أو غير مسلم أربعة آلاف ومائتان وخمسون جراما من الذهب الخالص . ويقوم جرام الذهب بالسعر المحدد وقت ارتكاب الجريمة من مصلحة دمنغ المصوغات والموازين ) .

ولم يكن الأمر بهذا اليسر فى الباكستان ، حيث أصرت اللجنة التى عهد إليها بصياغة مشروع قانون القصاص والديات عام ١٩٨٥ وما بعدها على تصنيف الدية ، على الرغم من الجهود العنيفة التى بذلت لإنشاء اللجنة عن رأيا . وشتت الحركة النسائية حملة مكثفة على هذا المشروع فى الصحافة ووسائل الإعلام والمجالس النيابية ، وعملت على تنظيم المظاهرات والاحتجاجات التى أدت فى النهاية إلى تعطيل إقرار هذا المشروع طيلة السنوات السابقة . وقد تألفت حديثا لجنة أخرى لإعداد مشروع جديد للقصاص والديات . ولا أجد حرجا فى إبداء ما ذكرته لأحد أعضاء هذه اللجنة خاصة بترجيح التسوية فى دية المرأة على ما ذهب إليه الجمهور فى التصنيف ، رغبة فى إضعاف الجبهة المعادية لإقرار هذا المشروع وتطبيقه . وأجد أن هذه مصلحة مرسلة ، بمعنى أن الشارع لم يبين حكم نوعها وإن أرشدت نصوص كثيرة إلى وجه اعتبار الشارع لجنسها . ذلك أن فى تيسير إقرار هذا المشروع حفظ الدين ، وتطبيقا لشرع الله عز وجل . وإذا صرفنا النظر عن هذه الضغوط الاجتماعية التى تفرض التسوية فإن اتهام عدد من أساتذة الفقه الإسلامى إلى ترجيح التسوية ، وما ساقوه من أدلة ، مما يؤيد هذا الاتهام .

٣٧٦ - دية غير المسلمين : اختلف آراء الفقهاء منذ عصر الصحابة

اختلافا بينا فى تقدير دية المعاهد على النحو التالى :

الرأى الأول : دية الكتانى نصف دية المسلم ، ودية المجوسى ثلثا عشر دية

المسلم . دليله ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال :

« عقل الكافر نصف دية المسلم » ، رواه أحمد والنسائي والترمذي <sup>(١)</sup> . وهو مذهب عمر بن عبد العزيز الذي أخرج له ابن أبي شيبة قوله : ( دية المعاهد على النصف من دية المسلم ) <sup>(٢)</sup> . وقد أخذ المالكية والحنابلة بهذا الرأي <sup>(٣)</sup> . .  
الرأي الثاني : دية الكفاي ، يهوديا أو نصرانيا ، ثلث دية المسلم ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، لما روى سعيد بن المسيب أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم <sup>(٤)</sup> . ويدل على أن منشأ هذا الحكم اتباع مألوف أهل الذمة في ودى قتلاهم ، فقد أخرج ابن أبي شيبة عن سليمان بن يسار قوله : ( كان الناس يقضون في الزمان الأول في دية المجوسى بثمانمائة ويقضون في دية اليهودى والنصرانى بالذى كانوا يتماثلون به فيما بينهم ، ثم رجعت الدية إلى ستة آلاف درهم ) <sup>(٥)</sup> .

الرأي الثالث : دية الدمي مثل دية المسلم ، فعن ابن مسعود أنه قال : ( من كان له عهد أو ذمة فذيته دية الحر المسلم ) . وعن مجاهد وعطاء وعلقمة مثله . وعن الشعبي وإبراهيم أنهما قالوا : ( دية اليهودى والنصرانى والمجوسى والمعاهد مثل دية المسلم . نساؤهم على النصف من دية الرجال . وكان عامر ( أى الشعبي ) يتلو هذه الآية : ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فذِية مسلّمة إلى أهلهم ﴾ <sup>(٦)</sup> .

وترشد بعض الآثار إلى أن حدوث تصنيف الدية كان على عهد معاوية ؛ فقد أخرج عبد الرزاق عن معمر عن الزهري ، قال : ( كانت دية اليهودى والنصرانى في زمن النبی ﷺ مثل دية المسلم ، وأبى بكر وعمر وعثمان ، فلما كان معاوية أعطى أهل القتيل النصف وألقى النصف في بيت المال . ثم قضى عمر

(١) نيل الأوطار : ٢٢١/٧ .

(٢) المصنف : ٢٨٨/٩ .

(٣) حاشية الدرر : ٢٦٨/٤ ، وكشاف القناع : ٢١/٦ .

(٤) المهلب : ١٩٧/٢ .

(٥) المصنف : ٢٨٩/٩ .

(٦) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة في المصنف : ٢٨٦/٩ .

ابن عبد العزيز في النصف وألغى ما كان جعل معاوية . قال الزهري : ولم يقض لي أن أذكر عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة . قلت للزهري : بلغني أن ابن المسيب قال : دية أربعة آلاف . فقال : إن خير الأمور ما عرض على كتاب الله تعالى : ﴿ وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله ﴾ (١) .

وقد تمسك الأحناف بعموم آية الدية في التسوية بين المسلم والذمي في الواجب له في النفس وما دونها ، ولم يحتضنوا بهذا العموم نفسه في تقدير الواجب للمرأة . ولعل المعنى فيه أن الآثار الواردة في تصنيف الواجب لأهل الذمة لم تبلغ عندهم قوة الآثار الواردة في التصنيف للمرأة .

---

(١) إعلال السنن : ١٦٠/١٨ وانظره في نصب الراية للزيلعي ، وبتلخيص الصنائع : ٢٥٥/٧ .

### المبحث الخامس : العاقلة

٣٧٧ - مفهوم العاقلة : تتحمل العاقلة الدية أو جزئها إذا لم تجب في مال الجاني . وإنما تجب في مال الجاني في الأحوال التالية :

- ١ - إذا وقعت الجريمة عمداً ، - فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل عمداً .
- ٢ - إذا وقعت الجريمة خطأً وثبت بإقرار الجاني ، فالقاعدة أن العاقلة لا تحمل اعترافاً إلا إذا صدقته العاقلة أو ثبتت الجريمة بأدلة أخرى غير مجرد الإقرار .
- ٣ - إذا كان الواجب من الدية قد ثبت بالصلح ، إذ لا تعقل العاقلة صلحاً .

٤ - إذا كان الواجب من الدية أقل من الحد الذي تتحملة العاقلة على اختلاف في ذلك ، فالإمام الشافعي لا يثبت حداً لأقل ما تتحملة العاقلة ، ويوجب القليل والكثير عليها ، على حين لا يوجب الإمامان مالك وأحمد من الدية على العاقلة إلا ما بلغ الثلث أو زاد عنه . أما أبو حنيفة فيوجب على الجاني تحمل ما دون نصف العشر من الدية ، استناداً إلى أن النبي ﷺ قضى بالغرة ، وهي نصف العشر ، على العاقلة . وقد تمسك الأحناف بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أورش الموضحة » (١) .

ويغلب معنى العقوبة بالدية التي تشبه الغرامة في هذه الأحوال ، حتى لا يجب على أحد أن يواسيه فيها ، بخلاف هذه الأحوال الأخرى التي تجب فيها الدية على العاقلة ، حيث يغلب معنى التعويض والمواساة .

---

(١) انظر في ذلك : للمهذب : ٢١١/٢ ، وكشاف القناع : ٦٢/٦ ، وحاشية الدسوقي : ٢٨٢/٤ ، ونداء الصالحين : ٢٥٥/٧ ، وإعلاء السنن : ٢٨٨/١٨ وما بعدها .

٣٧٨ - وإنما تجب الدية أو جزؤها على العاقلة في جرائم الخطأ وما يشبهها كجنايات الصبي والمجنون ، شريطة ألا تثبت الجريمة بإقرار الجاني ، وذلك خشية التواطؤ والإلزام الغير بالإقرار على النفس ، وهو حجة قاصرة .

والعقل هو المنع ، وسميت العاقلة كذلك لأنها تمنع الجاني وتنصره . وتسمى الدية عقلاً لأنها تمنع سفك الدماء ، والمعلقة بمعنى الدية كذلك ، وجمعها معاقل . أما العاقلة فجمعها عواقل . وكانت تطلق العاقلة أول الأمر على عشيرة الرجل ، لأنهم أهل نصرته . قال محمد بن الحسن : ( بلغنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرض العقل على أهل الديوان ، لأنه أول من وضع الديوان ، فجعل فيه العقل . وكان العقل قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم ، فالعقل على أهل الديوان من المقاتلة <sup>(١)</sup> . وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء في تحديد المقصود بالعاقلة فإنهم يتفقون على أن المناط فيها هو الاشتراك مع الجاني في معنى التناصر .

٣٧٩ - ويفسر الأحناف العاقلة التي يكون بها التناصر تفسيراً يستند إلى مسلك الخليفة الثاني ، فجعلوا العقل على أهل الديوان ، حيث صارت قوة المرء ونصرته بأهل ديوانه . فإذا لم يكن للجاني ديوان فإن العقل ينتقل إلى قبيلته من النسب ( لأن استنصاره بهم ، وإن كان القاتل معتقاً أو مولى الموالاة فعاقلته مولاة وقبيلة مولاة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : مولى القوم منهم . ثم عاقلة المولى الأعلى ( أى السيد ) قبيلته إذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاة ( أى عبده السابق ) ، ولأن استنصاره بمولاة وقبيلته فكانوا عاقلته . هذا إذا كان للقاتل عاقلة . أما إذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحرنى أو الذمى الذى أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية <sup>(٢)</sup> .

ويتفق المالكية في الراجع من مذهبه مع ما أخذ به الأحناف في تفسير العاقلة ؛ ففى الشرح الكبير تقديم أهل الديوان ، وهو ( اسم للدختر الذى يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاؤهم ، إذا انتظم وكانت لهم رواتب وكمل عددهم

(١) المبسوط: في الأصل محمد بن الحسن الشيباني : ٦٥٨/٤ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٥٦/٧ ، وانظر المبسوط للسرعى : ١٢٤/٢٧ وما بعدها ، ١١١/٢٦ .

إلى أقل العاقلة ، وهو السبعمائة ، وإلا فرضت الدية على عصبة القتال ، من يستحقون ميراثه بالتعصيب وإن حجوا . وإن لم يكن للجاني عصبة ولا أهل ديوان قدم الموالى الأعلون ، وهم المعتقون للجاني إن كان عبداً في السابق ، وإلا فرضت في بيت المال . أما إذا كان الجاني غير مسلم فإن أهل دينه يتحملون عنه <sup>(١)</sup> .

٣٨٠ - وتتألف عاقلة الجاني عند الشافعية من عصبته الذين يرثونه بنسب أو ولاء إذا كانوا ذكورا مكلفين مع تقديم الأقرب منهم على الأبعد في التحمل كالإرث وولاية النكاح ، بحيث ينظر في الأقربين آخر العام فإن وفوا بالواجب لقلته أو لكثرتهم فذاك وإلا أشترك معهم من يليهم . فإذا لم يكن للجاني عصبة تحمل عنه مواليه المعتقون له ، وإن لم يكن له موال فرضت الدية على بيت المال <sup>(٢)</sup> .

ولا يعد الحنابلة عن هذا المنى في فهم العاقلة ؛ ففي كشف القناع أن عاقلة الجاني ذكرا أو أنثى ذكور عصبته : نسبا ، كالأباء والأبناء والإخوة لغير أم والأعمام كذلك ، وولاء ، كالمتعق وعصبته .. قريبهم وبعيدهم ، حاضرهم وغائبهم ، صحيحهم ومريضهم ، ولو هرما وزمنا وأعمى <sup>(٣)</sup> . وتؤخذ الدية أو باقيها إن عجزت العاقلة أو لم تكن للجاني عاقلة من بيت مال المسلمين ، لأنهم يرثون من لا وارث له ، فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كبصائه ، فتؤخذ حالة دفعة واحدة ، لأنه عليه السلام أدى دية الأنصارى دفعة واحدة ، وكذا عمر ، لأن الدية إنما أجلت على العاقلة ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال . فإن تعذر الأخذ من بيت المال .. فليس على القتال شيء ، لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء <sup>(٤)</sup> .

ورأى الأحناف خلافاً لذلك أن الدية واجبة في مال القتال أصلا ، ( لأن الجنائية وجدت منه ، وإنما الأخذ من العاقلة بطريق التحمل ، فإذا لم يكن له عاقلة

(١) حاشية السوق : ٢٨٣/٤ .

(٢) بابه المحتاج : ٣٥١/٧ ، وللهلب : ٢٢٢/٢ ، ومضى المحتاج : ٩٥/٤ ، ٩٦ .

(٣) كشف القناع ض ٦٠/٦ ، ٦١ .

يرد الأمر فيه إلى حكم الأصل<sup>(١)</sup>. وهو الأرجح في المذهب الشافعي ، بناء على أن الوجوب على الجاني والتحمل على عاقلة<sup>(٢)</sup>. ولا يخالف المالكية في هذا ، ويرون وجوبها على الجاني وانتقالها عنه إلى العاقلة على سبيل المواساة والنصرة ، وتلزمه لهذا إذا لم توجد عاقلة<sup>(٣)</sup> أو وجدت ولم تستطع الوفاء بالواجب كله ، ولم يكن بيت مال ، فحينئذ يلزم الجاني الجميع أو الباقي . أما الخنابلة فقد سبقت الإشارة إلى مذهبهم وأنهم لا يلزمون الجاني بشيء إن تعذر أخذ الواجب من بيت المال والعاقلة ، بناء على أن الوجوب والتحمل على العاقلة لا على الجاني . وهو رواية في المذهب الشافعي<sup>(٤)</sup>.

٣٨١ - ولا يتحمل الجاني شيئا من الدية التي تتحملها العاقلة في مذهب الشافعية وفي رأى عند الخنابلة . ويستند هذا الرأى إلى أن التحمل على العاقلة فلا يجب على الجاني . وقد طردوا هذا الحكم على أصل القاتل وفروعه فلم يوجبوا عليهم الاشتراك مع الجاني بناء على اختلاط أموالهم بما له في الغالب . جاء في المذهب : ( أما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلتا إحداهما الأخرى ، ولكل واحدة منهما زوج وولد ، فجعل النبي ﷺ دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها . وإذا ثبت هذا في الولد ثبت في الأب لتساويهما في العصبية ، ولأن الدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل ، حتى لا يكثر عليه ، فيجحف به ، فلو جعلناه على الأب والابن إجماعنا به ، لأن مالهما كماله ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل لنفسه ، ويستغنى عن المسألة بمالهما ، كما يستغنى بمال نفسه<sup>(٥)</sup> . وقد نص الخنابلة كذلك على استثناء عمودى النسب من الأصول والفروع في تحمل الدية ، فلا يجب عليهما شيء عند وجود العاقلة ، ( لأن مال ولده ووالده كماله<sup>(٦)</sup> ) ، فلا يتحمل الجاني شيئا من الدية ، كما يعفى أصوله وفروعه من هذا التحمل .

(١) بدائع الصنائع : ٢٥٦/٧ .

(٢) منى المحتاج : ٩٧/٤ .

(٣) نهاية المحتاج : ٣٥٢/٧ .

(٤) المذهب : ٢١٢/٢ ، وانظر هذا المعنى نفسه في منى المحتاج : ٩٥/٤ ، ونهاية المحتاج : ٣٥١/٧ .

(٥) البدع : ١٧/٩ .

ويخالف الأحناف في هذا ويوجبون اشتراك القاتل وأصوله وفروعه في التحمل مع العاقلة ، لأنهم يتحملونها على سبيل النصرة له والمواساة فلا يستثنى<sup>(١)</sup> . وهو مذهب المالكية أيضا ، فعندهم ( أن الجاني تضرب عليه مطلقا ( أى الدية أو جزؤها ) ، سواء انتقل من البلد قبل ضربها أو بعده )<sup>(٢)</sup> .

ولا يتحمل المجنون والصبي والمرأة والفقر والمدين الذى استغرت الديون أمواله ولا المخالف للجاني في دينه شيئا من الدية لا عن نفسه ولا عن غيره ، ففى التبيين : ( قال أصحابنا رحمه الله : ليس على النساء والذرية من له حظ في الديوان عقل ، لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العاقل صبي ولا امرأة .. وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية ، بخلاف الرجل ، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العاقل ، لأنه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد منها ، والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة )<sup>(٣)</sup> . وإنما لم تجب على الفقير والغارم ، لأنها وجبت للمواساة وطريقها عدم التكلف ، كما ورد في الشرح الكبير<sup>(٤)</sup> . ولا تناصر بين المختلفين في الدين ، وإن وجد سبب الدخول في العاقلة وهو القرابة أو الولاء . وقد اشترط بعض الفقهاء اتحاد البدار ، فلا يدخل المصرى بهذا الشرط في عاقلة الشامي ، وإن كان من عصبته<sup>(٥)</sup> .

٣٨٢ = كيفية الأداء : تكشف كيفية أداء العاقلة لما وجب عليها من الدية ، طبقاً لما حدده الفقهاء المسلمون ، عن المعنى الذى أنيط به تحميل العاقلة هذا الواجب ، وهو مواساة الجاني وضمان الوفاء بحق المجنى عليه ، من حيث إن الجاني معلور بخطئه ، ولا يمكن استبعاد وقوع الخطأ من الناس ، ومقدار الدية كبير لا يتيسر لكل أحد الوفاء به ، فمست الحاجة إلى اكتشاف نظام العاقلة وتحميلها هذا الواجب . وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بوضوح كامل ، حسبا

(١) ينقل : ٢٥٥/٧ ، وللوسط : ١٢٦/٢٧ ، وتبين الحقائق : ١٧٧/٦ .

(٢) حاشية النسوى : ٢٨٥/٤ .

(٣) تبين الحقائق : ١٧٧/٦ .

(٤) حاشية النسوى : ٢٨٤/٤ .

(٥) حاشية النسوى : ٢٨٤/٤ .

اتضح من عبارات ابن تيمية السابقة الذكر<sup>(١)</sup> . ومقالة السرخسي في هذا المعنى :  
 ( الخاطئ معذور ) وعذره لا يعدم حرمة نفس المقتول ، ولكن يمنع وجوب  
 العقوبة عليه ، فأوجب الشرع الدية صيانة لنفس المقتول عن الهدر ، وفي إيجاب  
 الكل على القاتل إجماع به واستئصال ، فيكون بمنزلة العقوبة ، وقد سقطت  
 العقوبة عنه للعذر ، فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه . وكذلك في  
 شبه العمد باعتبار أن الآلة آلة التأديب ، ولم يكن فعله محظورا محضا ، ولذا لا يجب  
 عليه القصاص فلا يكون جميع الدية عليه في ماله لدفع معنى العقوبة عنه . ولكن  
 الشرع أوجب الدية ههنا مغلظة ليظهر تأثير معنى العمد ، وأوجبها على العاقلة  
 لدفع معنى العقوبة عن القاتل . ثم هذا الفعل لا يحصل إلا بضرب استهانة وقلة  
 مبالاة وتقصير في التحرز ، وإنما يكون ذلك بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه  
 وأنصاره وإنما ينصره عاقلته ، فضموا إليه في إيجاب الدية عليهم ، وإن لم يجب لهذا  
 المعنى ، وكل أحد لا يأمن على نفسه ، أن يتلى بمثله ، وعند ذلك يحتاج إلى إغاثة  
 غيره ، فينبغي أن يمين من ابتلى ليعينه غيره إذا ابتلى بمثله ، كما هو العادة بين الناس  
 في التعازن والتردد . فهذا هو صورة أمة متناصرة وجبلية قوم قوامين بالتسقط ،  
 شهداء لله ، متعاونين على البر والتقوى . وبه أمر الله تعالى الأمة هذه<sup>(٢)</sup> .

يظهر لي على وجه اليقين أن تحميل الدية على العاقلة لا يتضمن معنى العقوبة في  
 المقصد الأول من شرعه ، والقاعدة أن كل نفس بما كسبت رهينة ولا تزير ولا زور أخرى .  
 وإنما وجبت الدية على العاقلة من باب المواساة للجاني والتخفيف عنه وضمان وصول الحق  
 إلى صاحبه . ويصير المقصد الأول من تحميل الدية على العاقلة وشرعها هو جبر  
 الضرر الواقع على المجنى عليه . ويتضح ذلك بالنظر إلى التحديد الفقهي لكيفية  
 أداء العاقلة لهذا الواجب ، حيث تتسم هذه الكيفية بالخصائص التالية : .

( أ ) يعفى الضعاف في العاقلة كالنساء والصبيان والمجانين من المشاركة  
 في تحمل الدية حتى ولو كانوا موسرين . ويعفى من تحملها كذلك الفقراء  
 والغارمون الذين استغرق الدين أموالهم .

(١) انظر ص ما سبق .

(٢) المبسوط للسرخسي : ١٢٥/٢٧ .

(ب) تفرض الدية على الأغنياء من العاقلة مع اتخاذ سبل التخفيف عنهم ، بحيث تقسط الدية الكاملة على ثلاث سنوات ، ولا يزيد ما يدفعه الواحد منهم في العام عن درهم وثلث الدرهم ، بحيث يتراوح مجموع ما يدفعه الفرد بين ثلاثة أو أربعة دراهم . ويختلف ما يدفعه الغني عن المتوسط الغني ، ففي المذهب أنه ( يجب على المتوسط ربع دينار ، لأن المواساة لا تحصل بأقل قليل ، ولا يمكن إيجاب الكثير لأن فيه إضراراً بالعاقلة ، فقدر أقل ما يؤخذ برع دينار .. ويجب على الغني نصف دينار ، لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغني والمتوسط واحداً ، فقدر بنصف دينار ، لأنه أقل قدر يؤخذ من الغني في الزكاة التي قصد بها المواساة ، فيقدر ما يؤخذ من الغني في الدية بذلك لأنه في معناه . ويجب هذا القدر في كل سنة ، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة . ومن أصحابنا من قال : يجب ذلك القدر في الثلاث سنين ، لأنه لو أوجبنا هذا القدر في كل سنة أجهف به . ويعتبر حاله في الفقر والغنى عند حلول النجم ( القسط ) لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة <sup>(١)</sup> . ويقدر الكاسائي الواجب على الفرد من العاقلة في الدية في السنوات الثلاث بين ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم <sup>(٢)</sup> ، ومعناه أنه ( لا يؤخذ في كل سنة من كل واحد منهم إلا درهم أو درهم وثلث ) <sup>(٣)</sup> ، ويضم لهم الأقرب إليهم من أهل الديوان حتى لا يزد عن هذا القدر .

(ج) يقارن إيجاب الدية على العاقلة بالمعنى الذي وجبت به ، وهو المواساة عند الحاجة بشرعية الزكاة والصدقة والتفقه على الأقارب ، وتقاس أحكامها على أحكام هذه الأبواب مما يباعد بينها وبين الغرامة أو العقوبة .

٣٨٣ - لهذا كله لا أجد مبرراً لخلق هذه المشكلة المصطنعة التي تواردت الكتب الفقهية المتعاقبة على حلها . وتبدي هذه المشكلة في البحث عن مسوغ

(١) المذهب : ٢١٣/٢ .

(٢) البدائع : ٢٥٦/٧ .

(٣) للبسوط : ١٢٩/٢٧ .

شرعى يبرر إلقاء الذية على العاقلة ومحاسبتها عما اقترفه الجاني ، خصوصاً وأن القاعدة الشرعية تقضى بأنه لا يسأل أحد عن جريمة غيره . وأحسب أن الفقهاء قد أجابوا عن هذا السؤال عرضاً بأفضل من إجابتهم عنه قصداً . أما الإجابة التى وردت فى معرض كلامهم فخلاصتها أن الذية وجبت على العاقلة على سبيل المواساة والإرفاق والمعونة ، مما يمهّد من مسلك الشارع فى جنس إيجاب النفقة للأقارب والصدقة للفقراء والزكاة والوقف . وأما الإجابة التى وربمتخصسدا فرشدنا إلى أن الجاني قد ارتكب جنايته مستنذاً إلى حماية عشيرته حرماً له ، كما أنها لم تضرب على يديه عند ارتكابها ، ولم تهذب خلقه بما يمنعه عنها ، فكأنها شريكته فى فعل ما فعل ، فناسب أن تتحمل معه ما وجب بفعله .

ولأ يخلو هذا التبرير من تكلف ، كما أنه يقصر عن تفسير إدخال بيت المال مع العاقلة التى لا يفى عددها أو طاقتها المالية بأداء الواجب . والحاصل حسبما سبقت الإشارة إليه فى التمهيد<sup>(١)</sup> أن الذية والأروش كالغرامات المالية فى إتلاف الأموال والمنافع من الجوارى التى قصد بها العمل على رفع الضرر وتعويض المتضرر بالقصد الأول ، وإن تضمنت العقوبة والعمل على منع المعتدى وزجره فبالقصد الثانى .

٣٨٤ - العاقلة فى السياق الحديث : يوضح التفسير السابق لنظام العاقلة أهمية هذا النظام فى نقل الضرر وتوزيعه على عدد كبير من المواطنين يتحملونه ، بدلاً من تركه يستقر حيث وقع ويتحمّله المتضرر وحده أو نقله إلى الجاني يتحمل تكلفته . وإنما يبرر شرع هذا النظام من الناحية الخلقية ، بتعبير الفقهاء المسلمين ، أن الخطأ لا ينفك عن السلوك الإنسانى ، ولا يمكن الإقلاع عنه بالعقوبة أو مضاعفة الغرم ورفع التكلفة أو باتخاذ أى إجراء آخر . ويظهر لى أن قانون الضمان الشرعى لم يتخذ القضاء على الخطأ الإنسانى هدفاً له ، فهذا غير ممكن ، وإنما سعى بدلاً من ذلك إلى الممكن وهو العمل على جبر الأضرار المالية أو البدنية . ومن ينظر إلى حوادث السيارات ووسائل النقل الأخرى يتضح له حكمة القصد

(١) ص من هذا البحث .

في الشرع والفقه إلى رفع الضرر بدلا من القضاء عليه . وقد اختار الفقهاء هدفهم بعناية على ضوء ذلك فيما تبرزه قاعدة ( رفع الضرر ) الفقهية ودفعه ، ولم يعلنوا أبدا عن رغبتهم في إنهاء الخطأ والزجر عنه . ويكشف تقرير لجنة Pearson ، ١٩٧٧ م ، أن عدد الإصابات البدنية قد بلغ ثلاثة ملايين مصاب في بريطانيا في العام الواحد ، مما يدل على ضخامة هذه المشكلة في سياقات الحياة الحديثة من جهة ، وعلى وجوب اختيار سلامة الحلول الفقهية في هذه السياقات من جهة أخرى .

٣٨٥ - لقد أشرت فيما سبق إلى تمييز الشريعة بين الإصابات المالية وبين الإصابات البدنية في تحميل التعويض وإلقائه على الطرف الذي يستطيع تحمله ، دون عناء شديد ، فالضرر لا يزال بضرر مثله فيما تقضى به القاعدة الفقهية ، أما من حيث المسؤولية فلا خلاف في إلقائها على المتعدي ، في الإصابات البدنية وفي الأضرار المالية على السواء . وأما الواجب في الأضرار المالية فيتحمله المتعدي ، على حين ينتقل الواجب في الإصابات البدنية إلى العاقلة .

وإذ تبلغ الإصابات البدنية هذا العدد الضخم في ظروف وسائل المواصلات الحديثة وشيوع استخدامها فمن الواجب صياغة نظام العاقلة صياغة تيسر تحقيق مقصد الشارع في تعويض المصابين حتى ( لا يطل دم في الإسلام ) ، ولا يذهب دون جبر له . والصيغ المحتملة الموازية للصيغ الفقهية على النحو التالي :

١ - القبائل والعشائر التي يبلغ عدد الرجال القادرين على الإسهام في دفع الدية ما يقرب من ألف . وما يزال النظام القبلي قائما في عدد من المناطق في البلاد الإسلامية فيتحمل الأعباء التي كان يقوم بها في الماضي ما دام قادرا عليها .

٢ - دوائين الوزارات والهيئات والمؤسسات التي ينتمي إليها الجاني ، كوزارة العدل والدفاع والتعليم ، ووزارة الداخلية ، أو المجالس المحلية أو البلديات ، أو غير ذلك مما يمكن أن يتكون في داخله نظام يشبه العاقلة ويتحمل ما يجب على الأفراد من ديوات وأروش . وتقابل هذه المؤسسات الحديثة التنظيم الذي أدخله الخليفة الثاني في الدولة الإسلامية ، وأخضع نظام العاقلة لمقتضاه .

٣ - إقامة مؤسسات شرعية تهدف إلى تعويض المصابين عن إصاباتهم

في الأحوال التي لا يعرف فيها الجاني ، وخاصة في حوادث السيارات التي يفر قائلوها ، أو حينما لا تكون للجاني عاقلة . ويتم تمويل تكلفة هذه التعميمات بطريق من الطريقين التاليين أو بهما معا ، وهما :

( أ ) تطوع أغنياء المسلمين والقادرين منهم - وفي وسع المصارف الإسلامية أن تقود هذا العمل وأن تدعو القادرين إلى الإسهام فيه وأن تقتطع جزءاً من حصيلة زكاة الأموال المودعة لديها ، لمعاونة الجاني الذي لا يجد ما يؤدي الواجب عليه ، باعتباره فقيراً لا يجد ما يكفى حاجته .

( ب ) اشتراك المتفعين بالمشروع أنفسهم في تحمل أعبائه ، بحيث يدفعون أقساطاً شهرية أو سنوية أو موسمية ، تبعاً لظروفهم الخاصة ، وينفق من حصيلة هذه الأقساط في ذيات الإصابات التي يجنيها أحد المشتركين . ويجوز استثمار أموال هذا المشروع لمصلحة المتفعين به ، طبقاً لنظام التأمين التعاوني الجائز من الوجهة الشرعية . وتستطيع المصارف الإسلامية قيادة مثل هذه المشروعات التي تحقق لها الكثير فيما يتعلق بتجميع الأموال وعقد الصلات مع المشتركين وإقامة نظام يسهم في تخفيف الأعباء عن المتضررين الذين لا يبالى بهم أحد . وليس تفصيل أبعاد مثل هذا المشروع من أهداف هذا البحث .

٤ - إنشاء قسم خاص في بيت المال ( الخزانة العامة ) لتمويل نفقات تعويض المصابين وذريهم وفق الأحكام الشرعية للعاقلة ، حتى تعود لبيت المال وظيفة من وظائفه التي كان يقوم بها في المجتمع الإسلامي . وقد أشرت من قبل إلى اهتمام الدول الحديثة بالعمل على تعويض المصابين في أبدانهم عن الخسائر التي وقعت لهم . ومن هذه الدول نيوزيلندا وأستراليا وكندا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية . ويجب على البلاد الإسلامية أن تعمل على رفع شعار ( لا بطل دم ) ، وعلى توزيع الضرر على المجتمع بأسره في هذا النوع من الإصابات التي لا يستطيع الفرد وحده أن يتحمل نتائجها . وسأعرض أحوال تحمل بيت المال الدية فيما يلي . ومن الواضح أن الأخذ بهذه الصيغة أو بعضها والأخذ بنظام العاقلة سوف يسر للمجتمع الإسلامي علاج مشكلة من مشاكله الآخذة في الازدياد .

٣٨٦ - تحميل الدية على بيت المال : يتحمل بيت المال الدية كلها أو جزءها في الأحوال التالية:

أولاً : في الاعتداء غير الموجب للقصاص إذا لم يكن للجاني مال يفي بالدية أو ببعضها فتجب كلها. أو ما بقي منها في بيت المال ، حتى لا يظل دم في الإسلام .

ثانياً : في أحوال وجوب الدية على العاقلة إذا لم تكن للجاني عاقلة فيتحمل بيت المال ، لأنه هو العاقلة عند عديمها وللسبب السابق أيضا .

ثالثاً : الحالات التي لا يعرف فيها الجاني ، حتى لا يظل دم في الإسلام كذلك .

رابعاً : أخطاء القضاة والموظفين والرسامين في ظروف أدلتهم لأعمالهم المتوقعة بهم . ولا تفرض التبعات والأروش الواجبة بهذه الأخطاء على عواقلهم وإن وجدت ، للقاعدة الفقهية القاضية بأن ( خطأ القاضي والإمام في بيت المال ) . ومناد هذه القاعدة أن ما يجب على القاضي من الضمان بخطئه في قضائه واجب في بيت المال ، لا في ماله هو ، حتى لا يمتنع الناس عن تولى الوظائف العامة في المجتمع الإسلامي<sup>(١)</sup> . من ذلك أنه لو ادعى رجل على آخر قتل قريبه عمداً ، وشهد الشهود ، فقضى عليه القاضي بالقصاص ، وأقيم عليه ، ثم ظهر فسق الشهود وتقصير القاضي في التحري عنهم فإن القاضي يعد مسغولاً عن خطئه ، وتجب الدية عليه في بيت المال . ومنه أيضاً لو شهد الشهود بالزنا على رجل وهو محصن فأقيم عليه حد الرجم ، ثم تبين أن الشهود عبيد ، وأنه قصر في معرفتهم فيضمن القاضي الدية في بيت مال المسلمين<sup>(٢)</sup> .

وإنما يشترط لإيجاب الضمان على القاضي في بيت المال الشروط التالية :

أولها : ألا يثبت تعمد القاضي ، وإلا وجب عليه الضمان في ماله هو .

والثاني : ألا يكون هناك من يصلح لتولى الضمان على القاضي ممن ينسب خطأ القاضي له .

(١) للدخل الفقهي العام للزرقا ، الطبعة السادسة ١٣٧٨ هـ : ١٠٧١/٢ .

(٢) انظر للدخل الفقهي للدكتور أحمد الحجي الكوي : ص ١٥٥ ، وابن عابدين : ٣٢/٤ ، ٣٤ .

والثالث : أن يحدث الخطأ في سياق أداء القاضي لوظيفته .

يدل على التفريق بين عمد القضاة وخطيئهم قول البغدادى : ( القاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضى له ، وإن تعمد بجهل كان ذلك عليه )<sup>(١)</sup> . والمقضى له أى الذى يتوب عنه القاضي في القضاء ، وهو مجموع الأمة . وفيما يلي توضيحه .

٣٨٧ - خطأ القاضي والحاكم في بيت المال : يوجب القرافي المالكي على شهود الزور أو الجهلة ضمان ( ما أتلّفوه بشهادتهم . ولا ينقض الحكم ، ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر والشاهد متسبب . غير أن المصلحة العامة قد تقتضيه عدم تضمين الحاكم ما أخطأوا فيه ، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتعدد الخصومات لزهّد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكم فكان للشاهد بالضمان أولى ، لأنه متسبب للحاكم في الإلزام والتنفيذ . وكما قيل الحاكم أسير الشاهد )<sup>(٢)</sup> .

وفي المعنى نفسه يقول العز بن عبد السلام : ( الإمام والحاكم إذا أتلّفا شيئا من النفوس والأموال في تصرفيهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام ودون عواقلهما على قول الشافعي ، لأنهما لما تصرفا للمسلمين صار كأن المسلمين هم المتلفون ، ولأن ذلك يكثر في حقهما ~~فإن~~ وإن به ويتضرر عواقلهما )<sup>(٣)</sup> . ويرشد هذا النص إلى وجوب تحمل بيت المال ما يجب على القضاة والحكام من غرامات في إتلاف الأموال والأبدان ، إذا وجبت عليهم هذه الغرامات بسبب أدائهم للوظائف التي أنيطت بهم . ويتحقق بذلك سائر الموظفين الذين تعينهم الدولة لتدبير مصالح المسلمين ، فإن ما يقرمونه بأدائهم لهذه المصالح يفرض على من يتوبون عنهم ، ~~فإنهم~~ هم المنتفعون بعملهم ، فيتحملون عنهم ، طبقا لمبدأ ( الغرم بالغنم ) . وهو من أقوى الشواهد على معرفة الفقه الإسلامي

(١) مجمع الزوائد : ص ٣٦٤ .

(٢) الفرق للقرافي : ٢٠٨/٢ .

(٣) قواعد الأحكام مع ~~الشافعي~~ الأنم : ١٩٥/٢ ..

بمسئولية المتبوع عن تابعه . ولا يشترط إلا أن يكون عمل التابع لمنفعة المتبوع ، وأن يحدث الخطأ وقت أداء هذا العمل . ويشهد لمبدأ مسؤولية المتبوع Vicarious Liability ما ذكره ابن عبد السلام في مسألة ما يتلقه العبد ، حيث نص على وقوع الضمان على السيد ، وسيأتى بحث ذلك بشيء من التفصيل في مناسبه .

ولا يذكر العز سوى رأى الراجح في المذهب الشافعي في المسألة ، فإن الشيرازي يذكر فيها قولاً آخر ، مفاده وجوب الدية على عاقلة القاضى كغيره . يقول : ( وما يجب بخطأ الإمام من الدية بالقتل فقيه قولان : أحدهما يجب على عاقلته ، لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعل رضى الله عنه في جين لمرأة التي بعث إليها : عزمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك . والثاني يجب في بيت المال ، لأن الخطأ يكر فيه في أحكامه اجتهداه . فلو أوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجبناهم . فإذا قلنا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الإمام ، وإذا قلنا إنها تجب في بيت المال ففى الكفارة وجهان : أحدهما : أنها تجب في ماله ، لأنها لا تتحمل ، والثاني : أنها تجب في بيت المال لأنه يكر خطؤه ، فلو أوجبنا في ماله أجبنا به )<sup>(١)</sup> .

وفي المذهب الحنبل رأيان في المسألة ، أرجحهما أنه في بيت المال : يقول ابن مفلح : ( وخطأ الإمام والحاكم في أحكامه في بيت المال .. لأن خطأه يكر فيجب ، ولأنه نائب عن الله ، فكان آثر جنايته في مال الله ، كخطأ وكيل .. وعنه ( أحمد على عاقلته ... لقول عمر : ديتك عليك لأنك أفرقتها ، ولأنه جاني فكان خطؤه على العاقلة كغيره ، وكخطئيهما في غير حكم . وكذا الخلاف إن زادا سوطاً كخطأ في حد أو تعزير ، أو جهلاً حملاً ، أو بان من حكم بشهادته غير أهل )<sup>(٢)</sup> .

وترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية :

(١) المذهب للشيرازي : ٢١٢/٢ .

(٢) المبدع : ١٨/٩ ، وانظر هذا المعنى نفسه في كشف القناع : ٦٠/٦ .

١ - نخطأ القاضي والحاكم في بيت المال . وكذا من يلتحق بهما من الموظفين العموميين .

٢ - يدخل هذا الضمان فيما يعرف في الاصطلاح القانوني بمسؤولية المتبوع عن تابعه .

٣ - تدل النصوص والآثار على أن هذا المبدأ لم يكن معروفا في عهد عمر رضى الله عنه وأنه إنما ظهر في الفقه الإسلامى بعد ذلك .

٤ - كان عدم ظهوره منذ الصدر الأول سببا للخلاف الفقهي حوله .

٣٨٨ - الأضرار المالية المتعلقة بالإصابة : كثيرا ما يضطر المصاب إلى الإنفاق في الترميم والتطبيب وشراء الأدوية وإجراء الجراحات ونفقات النقل والمواصلات والإقامة في المستشفى وغير ذلك مما يرجع إلى الإصابة . فهل يعد المتعدى مسؤولا عن هذه النفقات في ماله أو أن العاقلة هي التي تتحملها ؟ .

الإجابة عن هذا السؤال فيما يلي :

أولا : نفقات العلاج والتطبيب وأجرة الطبيب والمرضى والمستشفى والأدوية مضمونة على المتعدى ، لأنها من نتيجة فعله وترجع إليه فيضمنها . وقد سبقت الإشارة إلى مذهب أبى يوسف أو محمد بن الحسن في مناسبة الخلاف بينهما حول أرش الألم . ويدل عموم نفقة التطبيب على دخول هذه التكاليف فيها . غير أن من الواجب البحث عن ضابط يحكم ما يدخل من نفقات التطبيب مما يطالب به المصاب وما لا يدخل وإلا وقع الظلم على المعتدى إذا حملناه كل ما يطلبه المتضرر ، أو يقع على المتضرر إذا منعناه كل ما تحمله ، خاصة وأن تكاليف العلاج قد ارتفعت في عصرنا هذا ارتفاعا كبيرا .

ويظهر لي أن الضابط الذى يجب الاستناد إليه للحكم في النفقات التى يطال بها المتضرر هو المعتاد المألوف بين الناس أو العرف ، فالقاعدة الفقهية أن العادة محكمة ، وأن المعتاد المعروف بين الناس كالنص أو الشرط . وللمصاب لهذا أن يترك العلاج في المستشفيات الحكومية ويطلب العلاج في المستشفيات الخاصة ، ولا يعد مجاوزا للمعتاد بذلك ، وتحسب نفقات هذا العلاج على المعتدى . ولو اضطر أحد أقارب المصاب إلى ترك عمله كي يرافقه فإن

على المتعدى نفقة هذا القريب إذا كان المعتاد هو إثابة مثل هذا القريب عن تركه عمله . أما لو اضطرت الأم إلى ترك عملها لمصاحبة طفلها المصاب أثناء وجوده في المستشفى فإن المؤلف أن الأم لا تأخذ عوضاً عن هذه الرقعة ، ولا يحسب لها أجر على المتعدى لهذا . وقد اضطرت أحكيم القضاء الإنجليزي في تعويض مرافق المصاب ، فلم تجد المحكمة عام ١٩٣٨ صعوبة في الحكم في قضية *Roach v. Yates* بإيجاب التعويض للمرافق عما فات من منفعة عمله . أما في قضية *Donnelly v. Joyce* التي نظرتها محكمة الاستئناف عام ١٩٧٤ ، والتي طالب فيها المدعى ، وهو طفل صغير ، بإثابة أمه عن الفترة التي اضطرت فيها لترك عملها لملازمتها بالمستشفى ، فقد دفع المدعى عليه هذا الطلب بأن المدعى لا يجب عليه قانوناً أن يهيب أمه عن تمريرها له وملازمتها إياه فترة بقاءه في المستشفى . وقد ساد اشتراط وجوب أجره المرافق على المدعى قانوناً ليحق له المطالبة باسترجاعها من المتعدى ، وكان الحل اليسر لتجنب آثار هذا الشرط أن يعقد المصاب عقداً مع مرافقه بأجرة معينة نظير الرقعة حتر يتسنى له طلب استردادها<sup>(١)</sup> .

ثانياً : ما فات من منافع المصاب أثناء علاجه على الخلاف بين الفقهاء بين الفقهاء في ضمان المنافع بوجه عام . ويترجع بلا أدنى تردد الاتجاه إلى ضمان المنافع مطلقاً ، سواء كانت منفعة عمل إنسانى أو منفعة شيء من الأشياء . ويظهر لى أن منفعة الإنسان أولى بالاعتبار من منفعة الأشياء حسبما سبق توضيحه في مناسبه من هذا البحث . وطبقاً لما ترجع في هذا الموضوع فإن منفعة المصاب الفاتمة مما يدخل في تقدير حساب الواجب له على المتعدى ، لأن هذا الفوات من نتيجة عمله فيتحمله ، طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية .

ثالثاً : لا يتداخل حساب الواجب من الديات والأروش مع الواجب في حساب نفقات العلاج وأعواض المنافع الفاتمة ، لوجوب كل منها بسبب مستقل ، إذ تجب الديات والأروش في مقابل إتلاف النفس الإنسانية جزئياً أو كلياً ، على حين تجب هذه النفقات والأعواض في مقابلة ما تلف من أموال .

رابعاً : تتحمل العاقلة في التقدير الفقهي الواجب في مقابلة التلف الحادث للنفس الإنسانية بالقتل أو الجرح أو الشج ، على حين يتحمل الجاني في ماله التلف المتعلق بالأموال .

والحاصل لهذا أن على العاقلة من التمييز ما يقابل فوات النفس كلاً أو جزءاً ، وعلى الجاني ما يتعلق بتلف الأموال ، منافع وأعياناً .

## المبحث السادس : إيذاء المسلم في سمعته

٣٨٩ - حكم الإيذاء في السمعة : أمرت النصوص الشرعية باجتنب إيذاء المسلم في شرفه أو سمعته أو إحساسه ، ابتداء من مجرد التنايز بالألقاب والسخرية أو التعبير بلون الأيوين إلى الرمي بالزنا أو نفى النسب ، ففي سورة الحجرات يقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ ، بِئْسَ الْأَثْمُ الْمُسَوِّقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ ، وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ . يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا ، أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ١١ ١٢ ١٣ ١٤ ١٥ ١٦ ١٧ ١٨ ١٩ ٢٠ ٢١ ٢٢ ٢٣ ٢٤ ٢٥ ٢٦ ٢٧ ٢٨ ٢٩ ٣٠ ٣١ ٣٢ ٣٣ ٣٤ ٣٥ ٣٦ ٣٧ ٣٨ ٣٩ ٤٠ ٤١ ٤٢ ٤٣ ٤٤ ٤٥ ٤٦ ٤٧ ٤٨ ٤٩ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٣ ٥٤ ٥٥ ٥٦ ٥٧ ٥٨ ٥٩ ٦٠ ٦١ ٦٢ ٦٣ ٦٤ ٦٥ ٦٦ ٦٧ ٦٨ ٦٩ ٧٠ ٧١ ٧٢ ٧٣ ٧٤ ٧٥ ٧٦ ٧٧ ٧٨ ٧٩ ٨٠ ٨١ ٨٢ ٨٣ ٨٤ ٨٥ ٨٦ ٨٧ ٨٨ ٨٩ ٩٠ ٩١ ٩٢ ٩٣ ٩٤ ٩٥ ٩٦ ٩٧ ٩٨ ٩٩ ١٠٠ ١٠١ ١٠٢ ١٠٣ ١٠٤ ١٠٥ ١٠٦ ١٠٧ ١٠٨ ١٠٩ ١١٠ ١١١ ١١٢ ١١٣ ١١٤ ١١٥ ١١٦ ١١٧ ١١٨ ١١٩ ١٢٠ ١٢١ ١٢٢ ١٢٣ ١٢٤ ١٢٥ ١٢٦ ١٢٧ ١٢٨ ١٢٩ ١٣٠ ١٣١ ١٣٢ ١٣٣ ١٣٤ ١٣٥ ١٣٦ ١٣٧ ١٣٨ ١٣٩ ١٤٠ ١٤١ ١٤٢ ١٤٣ ١٤٤ ١٤٥ ١٤٦ ١٤٧ ١٤٨ ١٤٩ ١٥٠ ١٥١ ١٥٢ ١٥٣ ١٥٤ ١٥٥ ١٥٦ ١٥٧ ١٥٨ ١٥٩ ١٦٠ ١٦١ ١٦٢ ١٦٣ ١٦٤ ١٦٥ ١٦٦ ١٦٧ ١٦٨ ١٦٩ ١٧٠ ١٧١ ١٧٢ ١٧٣ ١٧٤ ١٧٥ ١٧٦ ١٧٧ ١٧٨ ١٧٩ ١٨٠ ١٨١ ١٨٢ ١٨٣ ١٨٤ ١٨٥ ١٨٦ ١٨٧ ١٨٨ ١٨٩ ١٩٠ ١٩١ ١٩٢ ١٩٣ ١٩٤ ١٩٥ ١٩٦ ١٩٧ ١٩٨ ١٩٩ ٢٠٠ ٢٠١ ٢٠٢ ٢٠٣ ٢٠٤ ٢٠٥ ٢٠٦ ٢٠٧ ٢٠٨ ٢٠٩ ٢١٠ ٢١١ ٢١٢ ٢١٣ ٢١٤ ٢١٥ ٢١٦ ٢١٧ ٢١٨ ٢١٩ ٢٢٠ ٢٢١ ٢٢٢ ٢٢٣ ٢٢٤ ٢٢٥ ٢٢٦ ٢٢٧ ٢٢٨ ٢٢٩ ٢٣٠ ٢٣١ ٢٣٢ ٢٣٣ ٢٣٤ ٢٣٥ ٢٣٦ ٢٣٧ ٢٣٨ ٢٣٩ ٢٤٠ ٢٤١ ٢٤٢ ٢٤٣ ٢٤٤ ٢٤٥ ٢٤٦ ٢٤٧ ٢٤٨ ٢٤٩ ٢٥٠ ٢٥١ ٢٥٢ ٢٥٣ ٢٥٤ ٢٥٥ ٢٥٦ ٢٥٧ ٢٥٨ ٢٥٩ ٢٦٠ ٢٦١ ٢٦٢ ٢٦٣ ٢٦٤ ٢٦٥ ٢٦٦ ٢٦٧ ٢٦٨ ٢٦٩ ٢٧٠ ٢٧١ ٢٧٢ ٢٧٣ ٢٧٤ ٢٧٥ ٢٧٦ ٢٧٧ ٢٧٨ ٢٧٩ ٢٨٠ ٢٨١ ٢٨٢ ٢٨٣ ٢٨٤ ٢٨٥ ٢٨٦ ٢٨٧ ٢٨٨ ٢٨٩ ٢٩٠ ٢٩١ ٢٩٢ ٢٩٣ ٢٩٤ ٢٩٥ ٢٩٦ ٢٩٧ ٢٩٨ ٢٩٩ ٣٠٠ ٣٠١ ٣٠٢ ٣٠٣ ٣٠٤ ٣٠٥ ٣٠٦ ٣٠٧ ٣٠٨ ٣٠٩ ٣١٠ ٣١١ ٣١٢ ٣١٣ ٣١٤ ٣١٥ ٣١٦ ٣١٧ ٣١٨ ٣١٩ ٣٢٠ ٣٢١ ٣٢٢ ٣٢٣ ٣٢٤ ٣٢٥ ٣٢٦ ٣٢٧ ٣٢٨ ٣٢٩ ٣٣٠ ٣٣١ ٣٣٢ ٣٣٣ ٣٣٤ ٣٣٥ ٣٣٦ ٣٣٧ ٣٣٨ ٣٣٩ ٣٤٠ ٣٤١ ٣٤٢ ٣٤٣ ٣٤٤ ٣٤٥ ٣٤٦ ٣٤٧ ٣٤٨ ٣٤٩ ٣٥٠ ٣٥١ ٣٥٢ ٣٥٣ ٣٥٤ ٣٥٥ ٣٥٦ ٣٥٧ ٣٥٨ ٣٥٩ ٣٦٠ ٣٦١ ٣٦٢ ٣٦٣ ٣٦٤ ٣٦٥ ٣٦٦ ٣٦٧ ٣٦٨ ٣٦٩ ٣٧٠ ٣٧١ ٣٧٢ ٣٧٣ ٣٧٤ ٣٧٥ ٣٧٦ ٣٧٧ ٣٧٨ ٣٧٩ ٣٨٠ ٣٨١ ٣٨٢ ٣٨٣ ٣٨٤ ٣٨٥ ٣٨٦ ٣٨٧ ٣٨٨ ٣٨٩ ٣٩٠ ٣٩١ ٣٩٢ ٣٩٣ ٣٩٤ ٣٩٥ ٣٩٦ ٣٩٧ ٣٩٨ ٣٩٩ ٤٠٠ ٤٠١ ٤٠٢ ٤٠٣ ٤٠٤ ٤٠٥ ٤٠٦ ٤٠٧ ٤٠٨ ٤٠٩ ٤١٠ ٤١١ ٤١٢ ٤١٣ ٤١٤ ٤١٥ ٤١٦ ٤١٧ ٤١٨ ٤١٩ ٤٢٠ ٤٢١ ٤٢٢ ٤٢٣ ٤٢٤ ٤٢٥ ٤٢٦ ٤٢٧ ٤٢٨ ٤٢٩ ٤٣٠ ٤٣١ ٤٣٢ ٤٣٣ ٤٣٤ ٤٣٥ ٤٣٦ ٤٣٧ ٤٣٨ ٤٣٩ ٤٤٠ ٤٤١ ٤٤٢ ٤٤٣ ٤٤٤ ٤٤٥ ٤٤٦ ٤٤٧ ٤٤٨ ٤٤٩ ٤٥٠ ٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٣ ٤٥٤ ٤٥٥ ٤٥٦ ٤٥٧ ٤٥٨ ٤٥٩ ٤٦٠ ٤٦١ ٤٦٢ ٤٦٣ ٤٦٤ ٤٦٥ ٤٦٦ ٤٦٧ ٤٦٨ ٤٦٩ ٤٧٠ ٤٧١ ٤٧٢ ٤٧٣ ٤٧٤ ٤٧٥ ٤٧٦ ٤٧٧ ٤٧٨ ٤٧٩ ٤٨٠ ٤٨١ ٤٨٢ ٤٨٣ ٤٨٤ ٤٨٥ ٤٨٦ ٤٨٧ ٤٨٨ ٤٨٩ ٤٩٠ ٤٩١ ٤٩٢ ٤٩٣ ٤٩٤ ٤٩٥ ٤٩٦ ٤٩٧ ٤٩٨ ٤٩٩ ٥٠٠ ٥٠١ ٥٠٢ ٥٠٣ ٥٠٤ ٥٠٥ ٥٠٦ ٥٠٧ ٥٠٨ ٥٠٩ ٥١٠ ٥١١ ٥١٢ ٥١٣ ٥١٤ ٥١٥ ٥١٦ ٥١٧ ٥١٨ ٥١٩ ٥٢٠ ٥٢١ ٥٢٢ ٥٢٣ ٥٢٤ ٥٢٥ ٥٢٦ ٥٢٧ ٥٢٨ ٥٢٩ ٥٣٠ ٥٣١ ٥٣٢ ٥٣٣ ٥٣٤ ٥٣٥ ٥٣٦ ٥٣٧ ٥٣٨ ٥٣٩ ٥٤٠ ٥٤١ ٥٤٢ ٥٤٣ ٥٤٤ ٥٤٥ ٥٤٦ ٥٤٧ ٥٤٨ ٥٤٩ ٥٥٠ ٥٥١ ٥٥٢ ٥٥٣ ٥٥٤ ٥٥٥ ٥٥٦ ٥٥٧ ٥٥٨ ٥٥٩ ٥٦٠ ٥٦١ ٥٦٢ ٥٦٣ ٥٦٤ ٥٦٥ ٥٦٦ ٥٦٧ ٥٦٨ ٥٦٩ ٥٧٠ ٥٧١ ٥٧٢ ٥٧٣ ٥٧٤ ٥٧٥ ٥٧٦ ٥٧٧ ٥٧٨ ٥٧٩ ٥٨٠ ٥٨١ ٥٨٢ ٥٨٣ ٥٨٤ ٥٨٥ ٥٨٦ ٥٨٧ ٥٨٨ ٥٨٩ ٥٩٠ ٥٩١ ٥٩٢ ٥٩٣ ٥٩٤ ٥٩٥ ٥٩٦ ٥٩٧ ٥٩٨ ٥٩٩ ٦٠٠ ٦٠١ ٦٠٢ ٦٠٣ ٦٠٤ ٦٠٥ ٦٠٦ ٦٠٧ ٦٠٨ ٦٠٩ ٦١٠ ٦١١ ٦١٢ ٦١٣ ٦١٤ ٦١٥ ٦١٦ ٦١٧ ٦١٨ ٦١٩ ٦٢٠ ٦٢١ ٦٢٢ ٦٢٣ ٦٢٤ ٦٢٥ ٦٢٦ ٦٢٧ ٦٢٨ ٦٢٩ ٦٣٠ ٦٣١ ٦٣٢ ٦٣٣ ٦٣٤ ٦٣٥ ٦٣٦ ٦٣٧ ٦٣٨ ٦٣٩ ٦٤٠ ٦٤١ ٦٤٢ ٦٤٣ ٦٤٤ ٦٤٥ ٦٤٦ ٦٤٧ ٦٤٨ ٦٤٩ ٦٥٠ ٦٥١ ٦٥٢ ٦٥٣ ٦٥٤ ٦٥٥ ٦٥٦ ٦٥٧ ٦٥٨ ٦٥٩ ٦٦٠ ٦٦١ ٦٦٢ ٦٦٣ ٦٦٤ ٦٦٥ ٦٦٦ ٦٦٧ ٦٦٨ ٦٦٩ ٦٧٠ ٦٧١ ٦٧٢ ٦٧٣ ٦٧٤ ٦٧٥ ٦٧٦ ٦٧٧ ٦٧٨ ٦٧٩ ٦٨٠ ٦٨١ ٦٨٢ ٦٨٣ ٦٨٤ ٦٨٥ ٦٨٦ ٦٨٧ ٦٨٨ ٦٨٩ ٦٩٠ ٦٩١ ٦٩٢ ٦٩٣ ٦٩٤ ٦٩٥ ٦٩٦ ٦٩٧ ٦٩٨ ٦٩٩ ٧٠٠ ٧٠١ ٧٠٢ ٧٠٣ ٧٠٤ ٧٠٥ ٧٠٦ ٧٠٧ ٧٠٨ ٧٠٩ ٧١٠ ٧١١ ٧١٢ ٧١٣ ٧١٤ ٧١٥ ٧١٦ ٧١٧ ٧١٨ ٧١٩ ٧٢٠ ٧٢١ ٧٢٢ ٧٢٣ ٧٢٤ ٧٢٥ ٧٢٦ ٧٢٧ ٧٢٨ ٧٢٩ ٧٣٠ ٧٣١ ٧٣٢ ٧٣٣ ٧٣٤ ٧٣٥ ٧٣٦ ٧٣٧ ٧٣٨ ٧٣٩ ٧٤٠ ٧٤١ ٧٤٢ ٧٤٣ ٧٤٤ ٧٤٥ ٧٤٦ ٧٤٧ ٧٤٨ ٧٤٩ ٧٥٠ ٧٥١ ٧٥٢ ٧٥٣ ٧٥٤ ٧٥٥ ٧٥٦ ٧٥٧ ٧٥٨ ٧٥٩ ٧٦٠ ٧٦١ ٧٦٢ ٧٦٣ ٧٦٤ ٧٦٥ ٧٦٦ ٧٦٧ ٧٦٨ ٧٦٩ ٧٧٠ ٧٧١ ٧٧٢ ٧٧٣ ٧٧٤ ٧٧٥ ٧٧٦ ٧٧٧ ٧٧٨ ٧٧٩ ٧٨٠ ٧٨١ ٧٨٢ ٧٨٣ ٧٨٤ ٧٨٥ ٧٨٦ ٧٨٧ ٧٨٨ ٧٨٩ ٧٩٠ ٧٩١ ٧٩٢ ٧٩٣ ٧٩٤ ٧٩٥ ٧٩٦ ٧٩٧ ٧٩٨ ٧٩٩ ٨٠٠ ٨٠١ ٨٠٢ ٨٠٣ ٨٠٤ ٨٠٥ ٨٠٦ ٨٠٧ ٨٠٨ ٨٠٩ ٨١٠ ٨١١ ٨١٢ ٨١٣ ٨١٤ ٨١٥ ٨١٦ ٨١٧ ٨١٨ ٨١٩ ٨٢٠ ٨٢١ ٨٢٢ ٨٢٣ ٨٢٤ ٨٢٥ ٨٢٦ ٨٢٧ ٨٢٨ ٨٢٩ ٨٣٠ ٨٣١ ٨٣٢ ٨٣٣ ٨٣٤ ٨٣٥ ٨٣٦ ٨٣٧ ٨٣٨ ٨٣٩ ٨٤٠ ٨٤١ ٨٤٢ ٨٤٣ ٨٤٤ ٨٤٥ ٨٤٦ ٨٤٧ ٨٤٨ ٨٤٩ ٨٥٠ ٨٥١ ٨٥٢ ٨٥٣ ٨٥٤ ٨٥٥ ٨٥٦ ٨٥٧ ٨٥٨ ٨٥٩ ٨٦٠ ٨٦١ ٨٦٢ ٨٦٣ ٨٦٤ ٨٦٥ ٨٦٦ ٨٦٧ ٨٦٨ ٨٦٩ ٨٧٠ ٨٧١ ٨٧٢ ٨٧٣ ٨٧٤ ٨٧٥ ٨٧٦ ٨٧٧ ٨٧٨ ٨٧٩ ٨٨٠ ٨٨١ ٨٨٢ ٨٨٣ ٨٨٤ ٨٨٥ ٨٨٦ ٨٨٧ ٨٨٨ ٨٨٩ ٨٩٠ ٨٩١ ٨٩٢ ٨٩٣ ٨٩٤ ٨٩٥ ٨٩٦ ٨٩٧ ٨٩٨ ٨٩٩ ٩٠٠ ٩٠١ ٩٠٢ ٩٠٣ ٩٠٤ ٩٠٥ ٩٠٦ ٩٠٧ ٩٠٨ ٩٠٩ ٩١٠ ٩١١ ٩١٢ ٩١٣ ٩١٤ ٩١٥ ٩١٦ ٩١٧ ٩١٨ ٩١٩ ٩٢٠ ٩٢١ ٩٢٢ ٩٢٣ ٩٢٤ ٩٢٥ ٩٢٦ ٩٢٧ ٩٢٨ ٩٢٩ ٩٣٠ ٩٣١ ٩٣٢ ٩٣٣ ٩٣٤ ٩٣٥ ٩٣٦ ٩٣٧ ٩٣٨ ٩٣٩ ٩٤٠ ٩٤١ ٩٤٢ ٩٤٣ ٩٤٤ ٩٤٥ ٩٤٦ ٩٤٧ ٩٤٨ ٩٤٩ ٩٥٠ ٩٥١ ٩٥٢ ٩٥٣ ٩٥٤ ٩٥٥ ٩٥٦ ٩٥٧ ٩٥٨ ٩٥٩ ٩٦٠ ٩٦١ ٩٦٢ ٩٦٣ ٩٦٤ ٩٦٥ ٩٦٦ ٩٦٧ ٩٦٨ ٩٦٩ ٩٧٠ ٩٧١ ٩٧٢ ٩٧٣ ٩٧٤ ٩٧٥ ٩٧٦ ٩٧٧ ٩٧٨ ٩٧٩ ٩٨٠ ٩٨١ ٩٨٢ ٩٨٣ ٩٨٤ ٩٨٥ ٩٨٦ ٩٨٧ ٩٨٨ ٩٨٩ ٩٩٠ ٩٩١ ٩٩٢ ٩٩٣ ٩٩٤ ٩٩٥ ٩٩٦ ٩٩٧ ٩٩٨ ٩٩٩ ١٠٠٠ ١٠٠١ ١٠٠٢ ١٠٠٣ ١٠٠٤ ١٠٠٥ ١٠٠٦ ١٠٠٧ ١٠٠٨ ١٠٠٩ ١٠١٠ ١٠١١ ١٠١٢ ١٠١٣ ١٠١٤ ١٠١٥ ١٠١٦ ١٠١٧ ١٠١٨ ١٠١٩ ١٠٢٠ ١٠٢١ ١٠٢٢ ١٠٢٣ ١٠٢٤ ١٠٢٥ ١٠٢٦ ١٠٢٧ ١٠٢٨ ١٠٢٩ ١٠٣٠ ١٠٣١ ١٠٣٢ ١٠٣٣ ١٠٣٤ ١٠٣٥ ١٠٣٦ ١٠٣٧ ١٠٣٨ ١٠٣٩ ١٠٤٠ ١٠٤١ ١٠٤٢ ١٠٤٣ ١٠٤٤ ١٠٤٥ ١٠٤٦ ١٠٤٧ ١٠٤٨ ١٠٤٩ ١٠٥٠ ١٠٥١ ١٠٥٢ ١٠٥٣ ١٠٥٤ ١٠٥٥ ١٠٥٦ ١٠٥٧ ١٠٥٨ ١٠٥٩ ١٠٦٠ ١٠٦١ ١٠٦٢ ١٠٦٣ ١٠٦٤ ١٠٦٥ ١٠٦٦ ١٠٦٧ ١٠٦٨ ١٠٦٩ ١٠٧٠ ١٠٧١ ١٠٧٢ ١٠٧٣ ١٠٧٤ ١٠٧٥ ١٠٧٦ ١٠٧٧ ١٠٧٨ ١٠٧٩ ١٠٨٠ ١٠٨١ ١٠٨٢ ١٠٨٣ ١٠٨٤ ١٠٨٥ ١٠٨٦ ١٠٨٧ ١٠٨٨ ١٠٨٩ ١٠٩٠ ١٠٩١ ١٠٩٢ ١٠٩٣ ١٠٩٤ ١٠٩٥ ١٠٩٦ ١٠٩٧ ١٠٩٨ ١٠٩٩ ١١٠٠ ١١٠١ ١١٠٢ ١١٠٣ ١١٠٤ ١١٠٥ ١١٠٦ ١١٠٧ ١١٠٨ ١١٠٩ ١١١٠ ١١١١ ١١١٢ ١١١٣ ١١١٤ ١١١٥ ١١١٦ ١١١٧ ١١١٨ ١١١٩ ١١٢٠ ١١٢١ ١١٢٢ ١١٢٣ ١١٢٤ ١١٢٥ ١١٢٦ ١١٢٧ ١١٢٨ ١١٢٩ ١١٣٠ ١١٣١ ١١٣٢ ١١٣٣ ١١٣٤ ١١٣٥ ١١٣٦ ١١٣٧ ١١٣٨ ١١٣٩ ١١٤٠ ١١٤١ ١١٤٢ ١١٤٣ ١١٤٤ ١١٤٥ ١١٤٦ ١١٤٧ ١١٤٨ ١١٤٩ ١١٥٠ ١١٥١ ١١٥٢ ١١٥٣ ١١٥٤ ١١٥٥ ١١٥٦ ١١٥٧ ١١٥٨ ١١٥٩ ١١٦٠ ١١٦١ ١١٦٢ ١١٦٣ ١١٦٤ ١١٦٥ ١١٦٦ ١١٦٧ ١١٦٨ ١١٦٩ ١١٧٠ ١١٧١ ١١٧٢ ١١٧٣ ١١٧٤ ١١٧٥ ١١٧٦ ١١٧٧ ١١٧٨ ١١٧٩ ١١٨٠ ١١٨١ ١١٨٢ ١١٨٣ ١١٨٤ ١١٨٥ ١١٨٦ ١١٨٧ ١١٨٨ ١١٨٩ ١١٩٠ ١١٩١ ١١٩٢ ١١٩٣ ١١٩٤ ١١٩٥ ١١٩٦ ١١٩٧ ١١٩٨ ١١٩٩ ١٢٠٠ ١٢٠١ ١٢٠٢ ١٢٠٣ ١٢٠٤ ١٢٠٥ ١٢٠٦ ١٢٠٧ ١٢٠٨ ١٢٠٩ ١٢١٠ ١٢١١ ١٢١٢ ١٢١٣ ١٢١٤ ١٢١٥ ١٢١٦ ١٢١٧ ١٢١٨ ١٢١٩ ١٢٢٠ ١٢٢١ ١٢٢٢ ١٢٢٣ ١٢٢٤ ١٢٢٥ ١٢٢٦ ١٢٢٧ ١٢٢٨ ١٢٢٩ ١٢٣٠ ١٢٣١ ١٢٣٢ ١٢٣٣ ١٢٣٤ ١٢٣٥ ١٢٣٦ ١٢٣٧ ١٢٣٨ ١٢٣٩ ١٢٤٠ ١٢٤١ ١٢٤٢ ١٢٤٣ ١٢٤٤ ١٢٤٥ ١٢٤٦ ١٢٤٧ ١٢٤٨ ١٢٤٩ ١٢٥٠ ١٢٥١ ١٢٥٢ ١٢٥٣ ١٢٥٤ ١٢٥٥ ١٢٥٦ ١٢٥٧ ١٢٥٨ ١٢٥٩ ١٢٦٠ ١٢٦١ ١٢٦٢ ١٢٦٣ ١٢٦٤ ١٢٦٥ ١٢٦٦ ١٢٦٧ ١٢٦٨ ١٢٦٩ ١٢٧٠ ١٢٧١ ١٢٧٢ ١٢٧٣ ١٢٧٤ ١٢٧٥ ١٢٧٦ ١٢٧٧ ١٢٧٨ ١٢٧٩ ١٢٨٠ ١٢٨١ ١٢٨٢ ١٢٨٣ ١٢٨٤ ١٢٨٥ ١٢٨٦ ١٢٨٧ ١٢٨٨ ١٢٨٩ ١٢٩٠ ١٢٩١ ١٢٩٢ ١٢٩٣ ١٢٩٤ ١٢٩٥ ١٢٩٦ ١٢٩٧ ١٢٩٨ ١٢٩٩ ١٣٠٠ ١٣٠١ ١٣٠٢ ١٣٠٣ ١٣٠٤ ١٣٠٥ ١٣٠٦ ١٣٠٧ ١٣٠٨ ١٣٠٩ ١٣١٠ ١٣١١ ١٣١٢ ١٣١٣ ١٣١٤ ١٣١٥ ١٣١٦ ١٣١٧ ١٣١٨ ١٣١٩ ١٣٢٠ ١٣٢١ ١٣٢٢ ١٣٢٣ ١٣٢٤ ١٣٢٥ ١٣٢٦ ١٣٢٧ ١٣٢٨ ١٣٢٩ ١٣٣٠ ١٣٣١ ١٣٣٢ ١٣٣٣ ١٣٣٤ ١٣٣٥ ١٣٣٦ ١٣٣٧ ١٣٣٨ ١٣٣٩ ١٣٤٠ ١٣٤١ ١٣٤٢ ١٣٤٣ ١٣٤٤ ١٣٤٥ ١٣٤٦ ١٣٤٧ ١٣٤٨ ١٣٤٩ ١٣٥٠ ١٣٥١ ١٣٥٢ ١٣٥٣ ١٣٥٤ ١٣٥٥ ١٣٥٦ ١٣٥٧ ١٣٥٨ ١٣٥٩ ١٣٦٠ ١٣٦١ ١٣٦٢ ١٣٦٣ ١٣٦٤ ١٣٦٥ ١٣٦٦ ١٣٦٧ ١٣٦٨ ١٣٦٩ ١٣٧٠ ١٣٧١ ١٣٧٢ ١٣٧٣ ١٣٧٤ ١٣٧٥ ١٣٧٦ ١٣٧٧ ١٣٧٨ ١٣٧٩ ١٣٨٠ ١٣٨١ ١٣٨٢ ١٣٨٣ ١٣٨٤ ١٣٨٥ ١٣٨٦ ١٣٨٧ ١٣٨٨ ١٣٨٩ ١٣٩٠ ١٣٩١ ١٣٩٢ ١٣٩٣ ١٣٩٤ ١٣٩٥ ١٣٩٦ ١٣٩٧ ١٣٩٨ ١٣٩٩ ١٤٠٠ ١٤٠١ ١٤٠٢ ١٤٠٣ ١٤٠٤ ١٤٠٥ ١٤٠٦ ١٤٠٧ ١٤٠٨ ١٤٠٩ ١٤١٠ ١٤١١ ١٤١٢ ١٤١٣ ١٤١٤ ١٤١٥ ١٤١٦ ١٤١٧ ١٤١٨ ١٤١٩ ١٤٢٠ ١٤٢١ ١٤٢٢ ١٤٢٣ ١٤٢٤ ١٤٢٥ ١٤٢٦ ١٤٢٧ ١٤٢٨ ١٤٢٩ ١٤٣٠ ١٤٣١ ١٤٣٢ ١٤٣٣ ١٤٣٤ ١٤٣٥ ١٤٣٦ ١٤٣٧ ١٤٣٨ ١٤٣٩ ١٤٤٠ ١٤٤١ ١٤٤٢ ١٤٤٣ ١٤٤٤ ١٤٤٥ ١٤٤٦ ١٤٤٧ ١٤٤٨ ١٤٤٩ ١٤٥٠ ١٤٥١ ١٤٥٢ ١٤٥٣ ١٤٥٤ ١٤٥٥ ١٤٥٦ ١٤٥٧ ١٤٥٨ ١٤٥٩ ١٤٦٠ ١٤٦١ ١٤٦٢ ١٤٦٣ ١٤٦٤ ١٤٦٥ ١٤٦٦ ١٤٦٧ ١٤٦٨ ١٤٦٩ ١٤٧٠ ١٤٧١ ١٤٧٢ ١٤٧٣ ١٤٧٤ ١٤٧٥ ١٤٧٦ ١٤٧٧ ١٤٧٨ ١٤٧٩ ١٤٨٠ ١٤٨١ ١٤٨٢ ١٤٨٣ ١٤٨٤ ١٤٨٥ ١٤٨٦ ١٤٨٧ ١٤٨٨ ١٤٨٩ ١٤٩٠ ١٤٩١ ١٤٩٢ ١٤٩٣ ١٤٩٤ ١٤٩٥ ١٤٩٦ ١٤٩٧ ١٤٩٨ ١٤٩٩ ١٥٠٠ ١٥٠١ ١٥٠٢ ١٥٠٣ ١٥٠٤ ١٥٠٥ ١٥٠٦ ١٥٠٧ ١٥٠٨ ١٥٠٩ ١٥١٠ ١٥١١ ١٥١٢ ١٥١٣ ١٥١٤ ١٥١٥ ١٥١٦ ١٥١٧ ١٥١٨ ١٥١٩ ١٥٢٠ ١٥٢١ ١٥٢٢ ١٥٢٣ ١٥٢٤ ١٥٢٥ ١٥٢٦ ١٥٢٧ ١٥٢٨ ١٥٢٩ ١٥٣٠ ١٥٣١ ١٥٣٢ ١٥٣٣ ١٥٣٤ ١٥٣٥ ١٥٣٦ ١٥٣٧ ١٥٣٨ ١٥٣٩ ١٥٤٠ ١٥٤١ ١٥٤٢ ١٥٤٣ ١٥٤٤ ١٥٤٥ ١٥٤٦ ١٥٤٧ ١٥٤٨ ١٥٤٩ ١٥٥٠ ١٥٥١ ١٥٥٢ ١٥٥٣ ١٥٥٤ ١٥٥٥ ١٥٥٦ ١٥٥٧ ١٥٥٨ ١٥٥٩ ١٥٦٠ ١٥٦١ ١٥٦٢ ١٥٦٣ ١٥٦٤ ١٥٦٥ ١٥٦٦ ١٥٦٧ ١٥٦٨ ١٥٦٩ ١٥٧٠ ١٥٧١ ١٥٧٢ ١٥٧٣ ١٥٧٤ ١٥٧٥ ١٥٧٦ ١٥٧٧ ١٥٧٨ ١٥٧٩ ١٥٨٠ ١

٣٩٠ - غير أن الفقهاء قد اهتموا على وجه الخصوص فيما يتعلق بحفظ العرض - بتفصيل أحكام الرمي بالزنا ، دون أن يتناولوا الرمي بغير الزنا من الجرائم الأخرى مما يؤثر على سمعة المرء وينال من كرامته إلا على نحو مجمل في صدر مباحث التعزير ، فاختلت جوارب الصورة التي قدموها ، وبدا الفقه الإسلامي بمظهر الإفراط في التفصيل في أحكام الرمي بالزنا وبالإلغاز في بيان أحكام الرمي بغيره وكأنه بهم منج الجرمية الأولى أكثر مما بهم بألوان الجرائم الأخرى التي تشين الفرد في مجتمعه وتؤثر على سمعته وتحيل حياته جحима لا يطاق . أما مسلك النصوص الشرعية في الحفاظ على العرض فيتسم بالعموم في تحريم كل ما ينال من شرف المسلم وكرامته . وإذا تضمنت سورة النور النص على تحريم القذف بالزنا والعقوبة عليه فقد تناولت سورة الحجرات الإشارة إلى ما يتعلق بألوان التعديلات الأخرى التي تمس العرض ، كالسخرية واللمز والتنازع بالألقاب والتجسس والغيبة . ووظيفة الفقيه فيما يظهر لي أن يعكف على استنباط الأحكام العملية التي تيسر تحقيق عمومات الشريعة ومقاصدها وتمكن لتطبيقها والالتزام بها بين الناس . وسأجهد في إعادة توضيح الصورة العامة للتعديلات على العرض والشرف والسمعة على نحو يكفل التوازن بين نوعي هذه التعديلات ، وهما :

#### ١ - الرمي بالزنا .

#### ٢ - الرمي بغيره مما يؤثر في سمعة المرء ويحط من كبريائه وكرامته .

٣٩١ - القذف والسب والشتم : يستظهر المرحوم عبد القادر عودة من تتبع أقوال الفقهاء وأمثلتهم ( في أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف الجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها ، كالرمي بالزنا والرشوة . ويعتبرون القول سباً إذا كان ما رمى به الجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة ، كمن قال لآخر ياكلب ، ياحمار ، أو قال لبصير يا أعمى . فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته )<sup>(١)</sup> .

(١) التبرع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي : ٤٥٥/٢ .

وتوجب الشريعة العقوبة الخدية في الرمي بالزنا إذا توافرت شروط هذه العقوبة . وهذا هو القذف الذي عرفه الأخناف بأنه : ( الرمي بالزنا )<sup>(١)</sup> ، والمالكية بأنه : ( نسبة آدمى غيره لزنا ، أو قطع نسب مسلم )<sup>(٢)</sup> ، والشافعية بأنه هو : قذف العاقل البالغ المختار محصنا بوطء يوجب الحد<sup>(٣)</sup> ، كما عرفه الحنابلة بأنه رمى بزنا أو لواط أو شهادة بأحدهما عليه ولم تكتمل البيينة<sup>(٤)</sup> . وقد شددت الشريعة التكثير في هذه الجريمة وأوجبت الحد ، زجرا لفاعلها ومنعا من ارتكابه لياها . ولا يجوز استبدال التعويض بهذه العقوبة أو الجير بالزجر لأنه لا تبديل في العقوبة الخدية .

أما إذا لم يجب الحد لفوات شرط من شروطه في الرمي بالزنا أو كان الرمي بغيره مما يحتمل الصدق والكذب ففيه التعزير . وفي البدائع وجوب التعزير ( بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع ، سواء كانت الجنابة على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد ، بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب ، بأن قال له يا خبيث ، يا فاسق ، يا فاجر ، يا كافر ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ونحو ذلك . فإن قال له : يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ، ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير ، لأن في النوع الأول إثما وجب التعزير لأنه ألحق العار بالمقلوف ، إذ الناس بين مصدق ومكذب ، فعزز دفعا للعار عنه . والقاذف في النوع الثاني ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب إليه ، لا إلى المقلوف )<sup>(٥)</sup> .

ويستخلص مما سبق الأمور التالية :

١ - القذف هو الرمي بالزنا أو غيره مما يحتمل الصدق والكذب ، على حين أن السب أو الشتم هو الرمي بما لا يحتمل الصدق .

(١) فتح القدير : ١٩٠/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ١٨٢/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٢٩٩/٤ .

(٣) المهلب : ٢٧٧/٢ .

(٤) كشف القناع : ١٠٤/٦ .

(٥) البدائع : ٦٣/٧ .

٢ - القذف بالزنا يوجب العقوبة الخدية إذا كان القاذف عاقلا بالغاً مختاراً وليس أصلاً للمقذوف ، وكان المقذوف بالغاً عاقلاً محصناً ، ولم يمنع من هذا الوجوب مانع . ولا يجوز إبدال هذه العقوبة ولا الصلح عنها ، لأنها حد .

٣ - إذا لم تجب العقوبة الخدية ، وكان الرمي بغير الزنا مما يحتمل الصدق والكذب كان الواجب هو العقوبة التعزيرية .

٤ - أما إذا لم تجب هذه العقوبة الخدية . وكان الرمي بأمر لا يحتمل الصدق فلا تجب العقوبة التعزيرية فما ذكره الكاساني ، لأن الجاني قد حط من شأن نفسه ولم يحط من شأن المشتوم الذي وجه إليه كلامه . لكن ذهب بعض فقهاء الأحناف إلى تعزير من ينسب غيره لما لا يحتمل الصدق ، كقوله له : يا كلب . وفي المبسوط أنه ( حكى عن المبتدئ أنه قال : يعزى في عرف ديارنا ، لأن هذا اللفظ فينا يذكر للشيعة )<sup>(١)</sup> . والمثار فيه إذن على العرف .

٣٩٢ - التعزير بالسب : على الرغم من استحسان بعض الفقهاء تجريد العقوبة التعزيرية بالنظر إلى العقوبة الخدية إن كان الحد واجباً في جنس الجنابة فإن الأصل أن يترك الأمر للقاضي في اختيار نوع العقوبة المناسبة للجنابة وظروف ارتكابها . ولما كان التعزير يأخذ المال جائزاً في الشريعة ، حسباً سبق الاستدلال عليه ، فإنه يجوز للقاضي أن يفرض على المعتدى الغرامة المالية ويعطيها للمعتدى عليه . ويتمين هذا الجواز إذا لحقت بالمعتدى عليه خسارة مادية في حرفته أو عمله ، طبقاً لمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة الذي نص عليه فقهاء الأحناف . ولعل في أرش الألم الذي نص عليه فقهاء الأحناف وفقهاء الزيدية ما ما يؤيد هذا الجواز كذلك .

والضابط أن كل ما يؤذى المسلم من الأقوال أو الأفعال موجب للتعزير الذي يحتمل أن يكون بفرض المال . وقيل بأن العقوبة في التعزير بأخذ المال كانت في ابتداء الإسلام ثم نسخت<sup>(٢)</sup> . لكن لا حجة على مثل هذه الدعوى . وقد ذكر

(١) للمبسوط : ١٢٠/٩ ، وابن عابدين : ٢٠٣/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ١٩٦/٣ .

ابن عابدين هذا الضابط بلفظ : ( كل من ارتكب منكرا أو أذى مسلما بغير حق يقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير )<sup>(١)</sup> ، فالعمرة بالإيذاء لا بظهور الكذب ، أو احتماله ، فإن الشتم بهذه الألفاظ لا يقصد بها نسبة المشتوم إلى حقيقة ما تدل عليه ، وإنما النظر إلى ما فيها من الأذى من كل ما يبعث على الإحساس بالعار ويلحق الشين في العرف . ويعد من السب الموجب للتعزير بهذا المعنى الرمي بكل ما يصيب الغير في سمعته ويثير الاحتقار والاستهجان ، سواء قصد المتعدى إلحاق هذه المعاني بالمشتوم أم لا ، وإنما المهم أن تثير في مألوف الناس وأعرافهم هذه المعاني . وقد جاء في حاشية ابن عابدين أن الشتم على وجه المزاح يوجب التعزير<sup>(٢)</sup> .

٣٩٣ - والتفريع على ذلك أن يعد سببا نسبة المرء ( إلى فعل اختياري محرم شرعا ويعد عارا عرفا .. وإلا لا )<sup>(٣)</sup> ، كياسارق وباح ضحكة يسكون الخاء ، وباح سخرة وباح ساحر وباح مقامر من كل ما كان يلحق الشين في الأعراف السائلة وقت النظر الفقهي . ويثير ضابط الرجوع إلى العرف نوعا من الغموض في تطبيق هذا الضابط في الظروف الاجتماعية المختلفة . فهل المقصود هو العرف العام أو عرف المتخاطبين الخاص ببيئتهما ؟ فمن يشيع عن أحد أنه جاسوس للشرطة على زملائه قد يسيء إلى علاقاته هؤلاء زملاء ، لكنه قد يرقى في أذهان الكثيرين إلى مصاف المدافعين عن سيادة القانون ، خاصة إذا كان هؤلاء الزملاء منحرفين أو متورطين في أعمال غير قانونية . وتتمثل الصعوبة في أننا إذا التفتنا إلى العرف العام ، وهو الأجدر بالاتباع ، أهملنا اعتبار الآلام التي يعانيها الشخص المنسوب إلى هذا الفعل . ومن المحتمل أن يهابه الناس فينصرفون عنه ويرفضون العمل معه أو استعجاره ، فوقعه هذه الإشاعة في حرج شديد وتؤذيه في رزقه وعمله . ويترجم . لي أن يترك التعارض بين الأعراف للقاضي في الترجيح بينهما وتغليب أحدهما على أساس أن العرف يلحق الشين والعار والإيذاء .

(١) السابق : ٢٠٢/٣ .

(٢) السابق .

(٣) السابق : ٢٠٢/٣ .

٣٩٤ - صور مختلفة للسب : لا تشترط صورة معينة للسب لقيام المسؤولية عنه فالعبرة بالإيذاء والعار ، فيجوز السب بالتلفظ والكتابة في الصحف والمجلات وبالنشر في الإذاعات المرئية والمسموعة والتسجيل في شرائط صوتية أو مرئية . ولا يخفى تأثير هذه الوسائل على عقول الناس وعواطفهم ، مما يؤدي إلى إشاعة مادة السب وترويجها بين عدد كبير وزيادة إحساس المتضرر بها لهذا : وليست العبرة بالصورة والتركيب بل بالتأثير والنتيجة ويشبه الرسم والصورة الألفاظ في إلحاق الشين والعار بالمشتوم فتأخذ حكمها ، لأن العبرة بالأثر طبقاً لما نص عليه الفقهاء .

ولا تشترط المباشرة أو التصريح ، بل يجرى التعريض مجراه . وقد نص الفقهاء على اعتبار التعريض في القذف ، ففى كشف القناع أن من قال لامرأة فضحت زوجك أو ( نكست رأسه وجعلت له قروناً .. أو يقول لمن يخصمه : يا حلال ابن الحلال .. وما أنت زان .. أو يا فاجرة أو يا خبيثة .. أو أخبرني أو أشهدني فلان أنك زنت وكذبه فلان .. فهذه الألفاظ كناية لاحتدامها غير الزنا ، إن فسره بالزنا فهو قذف ، لأنه أقر على نفسه بما هو الأغلظ عليه وإن فسره بما يحتمله غير القذف قبل لأنه يحتمل غير الزنا .. مع يمينه . ولى الترغيب هو قذف بنته .. وعزر<sup>(١)</sup> وجهور الفقهاء على منع حد القذف بالتعريض لامتناعه مع قيام الشبهة ، وإن وجب التعزير لمعنى الإيذاء والفحش وإلحاق الشين والعار .

٣٩٥ - أركان السب الموجب للتعزير : يوجب السب التعزير فيما يظهر لى من تتبع أمثلة الفقهاء باستجماع الأركان التالية :

الأول : أن تتضمن المواد المستخدمة أوصافاً تؤثر في تقدير الغير للموصوف وتلحق به الشين والعار كرمى شخص بأنه خبيث أو فاسق أو سفاح أو مرتش أو خائن ، فلا شك في أن الرمي بهذه الأوصاف يلحق الشين بالموصوف ويؤذيه في سمعته . ويقاس على ما ذكره الفقهاء من أمثلة رمى أحد

(١) كشف القناع : ١١٢/٦ .

بعدم الأمانة أو خفة الوزن في مجال تخصصه أو عدم الخبرة في علمه . والضابط أن تؤدي هذه الأوصاف في أعراف الناس وفق ما تقدم في تحديد هذه الأعراف إلى الإساءة والأذى . ولذا فإن وصف أحد المحامين بالتجارة في مصائب الناس ونزاعاتهم يختلف عن رمي أحد القضاة بهذا الوصف الذي يلحق الشين بالثاني دون الأول . وكذلك فإن الحديث عن أحد متتادي جرائم الرشوة بأنه يأكل أموال الناس بالباطل خلاف رمي موظف عفيف بهذا الوصف . وفي أحد أعلام (راسبوتين) صورت الشركة المنتجة للقميلم أميرة روسية أغراها هذا الرجل وعيث بشرفها ، فرفعت هذه الأميرة دعوى ضد الشركة تطالبها بالتعويض على أساس أن هذا التصوير يحط من شأنها ويلحق العار بها فاستجابت المحكمة لهذا الطلب وألقت بالمسؤولية على الشركة<sup>(١)</sup> .

وللكتابات والإيحاءات innuendoes أثرها في تحقيق النتائج التي قد لا تلحق بها التصريحات أحياناً . فقد يلجأ أحد الصحفيين إلى نشر أخبار تفيد انتقال شرطة الآداب إلى بيت سيدة للتحقيق معها ، أو استدعاء هذه السيدة إلى مكتب رئيس هذه الشرطة ، مغفلاً الحقيقة وهي أن الأمر كان متعلقاً بسؤالها عن سلوك خادمها على سبيل المثال ، مما يؤدي إلى إثارة الشكوك حول مسلك هذه السيدة . وإذا كان عرف المهنة لا يميز سلوك الصحفي على هذا النحو فإن الشكوك التي ثارت حول السيدة راجعة في العزف إلى الإيحاءات والمغاليات الثانوية التي يدل عليها كلامه . وقد ينازع في هذا الاستنتاج على أساس أن القراء في عمومهم لا يبادرون إلى اتهام من يذهب لقسم الشرطة للتحقيق معه في أمر من الأمور ، والذي يسارع لهذا الفهم هم فئة خاصة من المولعين بالفضائح وأصحاب الأموال السيئة ، ولا يرجع ذلك إلى مقالة الصحفي بقدر ما يرجع إلى طبيعتهم المشائكة ، فناسب ألا يسأل عنه . ويرجع في مثل هذا إلى عرف الناس .

الثاني : إثبات تعلق السب بالمبدعى ورجوعه إليه وإلا فلا حق له

(١) انظر قضية Yoisouppff v. Metrogoldwyn Mayer Pictures Ltd (1934) Tort Law في ص ٢٢٢ من مذهب دباس .

في الدعوى ، لأن الشين والعار لا يلحقانه إلا إذا اتجه السب أو الشتم إليه .  
فلو ذكر أحد الصحفيين في تحليل جادة من الحوادث أن الشاهدة قد خطفت  
حتى لا تتمكن من الإدلاء بشهادتها ثم ظهرت هذه الشاهدة في صحبة صديقة لها  
لم يكن لهذه الصديقة أن تطالب الصحفي بتعويضها عن تصور البعض أنها  
اشتركت في هذا الخطف . غير أن هذا الشرط لا يعنى وجوب النص على اسم  
المدعى في صحيفة السب ، فعادة بعض الصحف في إثارة السخرية بكبار الموظفين  
أن تعلن خبرا يخص أحدهم في مكان مستقل من الصفحة ، كسفره إلى تركيا  
على سبيل المثال ، ثم تقرن ذلك في مكان قريب بخبر يبدو للوهلة الأولى منقطع  
الصلة بالخبر الآخر ، وإن كان ذا مغزى خاص لا يخطئه القارئ الذكي ، كالقول  
بوصول شحنة من اللحم الفاسد الحبيث إلى تركيا ، ومع استقلال كل من الخبرين  
عن الآخر فإن المدعى عليه لا يستطيع دفع مسؤوليته بأن اسم المدعى لم يقدم  
فيما يفيد السب ، فتتمكن القارئ الذكي من الربط بين الخبرين . ويكفى التلميح  
في إقامة المسؤولية في الجرائم التعزيرية .

الثالث : النشر وإعلام الغير بهذا السب ، لأنه هو الذى يتحقق به الشين  
والخط من الأقدار والنازل . أما ما يزوره المرء في نفسه أو يكتبه في ورقة دون أن  
يطلع عليها أحد فإنه لا يثبت عارا ولا يلحق شينا ، ولا يوجب ضمانا . ويكفى  
إذاعته لإطلاع أحد غير الشاتم على صحيفة السب ومادته ، سواء بالفعل  
أو الإمكان ، فالتلفظ وإرسال برقية وكتابة تقرير مفتوح وإرسال بطاقة برقية  
مفتوحة وما يماثله من الأمور التى يتحقق بها الإعلام في الشرع ، لأن المعهود  
منه هو إقامة مظنة الشيء مقام وجود الشيء نفسه ، مما يعنى أن إرسال البرقية  
يقوم مقام الإطلاع عليها ومعرفة ما فيها ، كما قامت الخلوة مقام الدخول في إثبات  
النسب ووجوب المهر ، وكما قام التلفظ بصيغة العقد مقام الرضا ، وكما قام السفر  
مقام المشقة في إثبات الرخصة . ومع ذلك فإن كتابة التقارير السرية لإطلاع  
الرؤساء وحدهم مما توجه الضرورات العملية ، ولا يعمد الناس حطا من قدر  
المرؤسين ولا إهانة لهم ، حتى لو تضمن وصف بعضهم بعدم الكفاءة أو نقص  
الخبرة أو ما إلى ذلك مما يؤثر على المستقبل المهني والوظيفي لمن ترد تقاريرهم دون  
المستوى . وكذلك فإن حديث الرجل مع زوجته عن شخص آخر بما يعد سبا

لا تتحقق له العلانية التي تسبب التحقير والتهوين . وهذا ما يظهر لى أنه الحق ،  
منعاً للحرج ، لأن من مألوف عادة الناس ألا يتحروا الحذر فى حديثهم مع  
زوجاتهم ، وأن يعبروا عن مشاعرهم بقدر غير قليل من الحرية ، فلو أخذوا بهذا  
لتضيق عليهم . ومن هذا القليل مسارة الابن أباه ، أو الصديق صديقه بعد التعهد  
بعلم الإفشاء . لكن لو سمع المتاجرين طرف ثالث وشهد به كان هذا إعلاماً ،  
فهنا هو العرف فيما يظهر لى .

٣٩٦ - تقدير الواجب المالى : السب أو القذف بغير الزنا من حقوق  
العباد ، حسبما اتضح مما نقلناه عن الكاسانى . وإذا كان الهدف من التعزير  
هو الزجر عن التعرض لشرف المسلم وكرامته فإن هذا لا ينفى حق المتضرر  
فى التعويض عما لحقه من الضرر بالفعل من جراء التعرض لسمعته . ولا يكفى  
تعزير من رمى صاحب مدرسة لتعليم الفتيات الكتابة على الآلة الكاتبة بأنه قواد ،  
أو نشر صورته وهو يدخل إلى مكان من الأمكنة المشبوهة فانصرفت عنه الفتيات  
التدريبات ، واضطر إلى إغلاق مدرسته . ويبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور  
المدرسين ومقابل الإعلانات وما إلى ذلك ، فلن يرفع ضرره عقاب من سبه  
بعشرين أو ثلاثين جلدة أو سجنه بعض الوقت ، وإنما يرفعه لإيجاب الضرر على من  
تسبب فيه .

ويجب لهذا تقدير التعويض فى ضوء ما نلى :

(أ) الأضرار المالية التى لحقت بالمشتم بهذا الشتم . وبخصوص المثال  
السابق فإن على الشاتم أن يتحمل ما فات من كسب المشروع مدة علم أو عامين  
حسب تقدير القاضى ، لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الإشاعة أكثر من ذلك .  
ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لإغلاقها فإن هذا النقص يقدر ويحمل على  
المعتدى . وقد نص الفقهاء على أن من سرق فلواً فيبس ضرر أمه وجف لبها أنه  
يضمن . وكذلك لو أخذ أم النحل فهجر النحل مكانة المعد له أنه يضمن قيمته .  
ويضمن المنافع بتقويتها وفواتها فيما أخذ به الشافعية والحنابلة . وتعطيل منفعة  
المدرسة بإشاعة سوء أخلاق مديرها من التسبب فى إتلاف منفعتها فيضمنها

المتعدى . وإلا لتيسر لكل أحد الانتقاص من شرف غيره والقضاء على مشروعاته .

(ب) أرش الألم : التعدى على البدن الإنسانى بالجرح والضرب إذا لم يترك أثرا موجب للضمان حسبا تقدم ، فيقاس عليه التعدى على العرض والشرف ، لأنه أكثر إيلاما ووحشة فى نفوس أصحاب النخوة والإباء من مجرد الاعتداء على البدن بجرح أو شجة . ويقدر القاضى هذا الأرش بالنظر إلى قوة الاعتداء ودرجة التعدى عليه ومنزله الاجتماعية وإسهامه فى التعدى ، وما إلى ذلك من المعانى التى تؤثر فى الإحساس بالعدوان والتألم منه والتى راعاها الشرع فى المعهود منه فى تقدير الضمان عموما .

وفى قضية Cassidy V. Daily Mirror Newspapers Lrd قدرت المحكمة الأضرار التى لحقت بالمدعية عام ١٩٢٩ بمخمسمائة جنيه استرلىنى ، نظرا لأن هذه الصحيفة قد نشرت صورة لزوجها مع فتاة تملن خطبتهما ، وهو ما يتضمن طبقا لأعراف البلاد أن هذا الرجل أعزب ، مما يعنى فى الوقت نفسه أن المدعية ، وهى تمشى معه ، ليست إلا خادمة له أو خلية .

ولا يتضمن تقدير الواجب فى الضمان بالرجوع إلى الخسائر المادية وأرش الألم فى قضايا السب والقلد غير الموجب للحد أى خروج على ما يفهم من منصوص الأحكام الفقهية . وقد سبق توضيح الاستناد إلى هذه المعانى عند تقدير الواجب .

٣٩٧ - الدفوع : يتأثر الواجب بالضمان فى قضايا السب والقلد الذى لا حد فيه بوجود عدد من الأسباب التى تدفع هذا الواجب وتنفيه كليا أو جزئيا . من ذلك الاعتذار وعلم القصد والصدق وموافقة المجنى عليه للجاني وعفو المجنى عليه . وفيما يلى بيان هذه الأسباب .

(أ) الاعتذار : لا ينفى الاعتذار المسئولية عما وقع من تعد أو خطأ ، حيث لم يعمد فى مسلك الشارع أن يسقط الندم والإنابة ما وجب من حقوق العباد . أما بالنسبة لحقوق الله عز وجل ، وعقوبات الحدود على وجه الخصوص ، فقد اختلف الفقهاء فى إسقاط التوبة لهذه العقوبات اختلافا كبيرا . ومع ذلك فإن

الاعتذار في قضايا السب من شأنه أن يؤدي بوجه العموم إلى تخفيف إحساس المعتدى عليه بالألم فيراعى القاضي هذا المعنى عند تقدير الواجب .

(ب) عدم القصد : القاعدة أن عدم القصد إلى الإساءة لا ينفي الضمان . ولذا فإن من يخطئ في نسبة جريمة لأحد الأبرياء يكون مسئولاً عما أصابه . وقد سبقت الإشارة إلى مسئولية الشهود عما يترتب على خطئهم من ضرر لم يقصدوه . ومع ذلك فإن انتفاء القصد ينفي المسئولية أحياناً إذا توقفت الإساءة على وجوده . وتوضيح ذلك أن من يذهب إلى المحكمة للشهادة في جريمة من الجرائم لا يعد قاذفاً للمتهم بهذه الشهادة . وقد اختلف الفقهاء على وجه الخصوص في الشهادة بالزنا ، فجمهورهم على معاقبة الشهود بالزنا إذا لم يبلغ عددهم أربعة شهداء ، طبقاً لتفسيرهم للآية الرابعة من سورة النور . وقد يخالف بعض الشافعية وبعض الحنابلة وابن حزم من الظاهرية ، ورأوا أن الشهود لا يحلون حد القذف إذا ذهبوا إلى المحكمة في هيئة الشهود ، مثلاً لقوله تعالى : ﴿ ولا تكفوا البيّنة ﴾ . أما إذا ذهبوا إلى المحكمة في هيئة القذف ، حسبما يتضح للقاضي من الأمارات ، فإنهم يحلون حد القذف<sup>(١)</sup> . وهذا الرأي هو الأقرب إلى النهم الصحيح للآية الرابعة من سورة النور . ولو تلفظ بشيء من السباب بلفظ لا يعرفها ، أو كتب سباباً بهذه اللغة ، موجهاً كلامه لأحد الناس لم تنشأ المسئولية لانتفاء القصد على وجه أدى إلى انتفاء الإساءة .

(ج) الصدق وموافقة الواقع . توضح النصوص الشرعية أن الكشف عن الجناة وإظهارهم والإشارة إلى جرائمهم إذا تعلق به غرض صحيح أمر لا تقوم به المسئولية . ويتضح من متابعة نصوص الفقهاء أنهم لم يشاعروا حماية شرف أهله صاحبه . ويكشف تحديدهم لمعنى الإحصان في باب القذف واشتراطهم له في الحد به عن هذا المعنى . ولا يجب حد القذف لهذا على من يرمى شخصاً بالزنا فيثبت زناه وأنه حد في هذه الجريمة<sup>(٢)</sup> . وفي هذا المعنى يتفق الفقه الإسلامي

(١) للمذهب : ٣٥٠/٢ ، وللحنابلة : ١٧٩/١٠ ، وللشافعية : ٢٦٠/١١ والتبرع للرحوم عبد القادر عوده : ٤١٩/٢ .

(٢) للمذهب : ٢٨٩/٢ ، وشرح فتح القدر : ١٩٢/٤ ، ونبات الصنائع : ٤٠/٧ ، ومواهب الجليل : ٢٩٨/٦ وما بعدها ، وكشاف القناع : ١٠٦/٦ .

والقانون الإنجليزي<sup>(١)</sup> . أما القانون المصري فيوازن المرحوم عبد القادر عودة بينه وبين الشريعة الإسلامية في حكم هذا الدفع بقوله : ( القاعدة في الشريعة أن من رمى إنسانا بواقعة أو صفة محرمة وجب عليه أن يثبت صحة ما رماه به . فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة . أما من سب إنسانا أو شتمه فعليه العقوبة ، وليس له الحق في إثبات صحة ما قال ، لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن أثباته بطبيعة الحال . أما من رمى شخصا بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب ، لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقلوف ، والإيذاء محرم في الشريعة ... ويختلف قانون العقوبات المصري عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف ، فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنسانا بشيء أن يثبت صحة ما قذفه به ، وعليه العقوبة ، ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه . والأساس الذي يقوم عليه القانون المصري هو حماية حياة الأفراد الخاصة )<sup>(٢)</sup> .

ويظهر لي مع ذلك أمر أرجو الالتفات إليه لتصحيحه إن ثبت خطؤه ، هو أن الشريعة الإسلامية لا تبيح إيذاء الذين ارتكبوا الجرائم في الماضي بتذكيرهم بهذه الجرائم خاصة إذا عوقبوا عليها بالعقوبة التي أوجبها الشارع . يتضح هذا المعنى في حديث أبي هريرة ، ولفظه : ( أتى النبي ﷺ برجل قد شرب ، فقال : أضربوه ، فمنا الضارب بيده .... والضارب بثوبه ، فلما انصرف قال بعض القوم : أخزأك الله . قال : لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان )<sup>(٣)</sup> . وقد صلى النبي عليه الصلاة والسلام على المرأة التي رجعت ، فقال له عمر : ( تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت ؟ قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم . وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله ؟ )<sup>(٤)</sup> وفي التذكير الدائم بالجريمة ما يساعد على الاجترار عليها وإشاعتها في المجتمع الإسلامي .

(١) Dias and Markesinis on Tort Law, P. 341

(٢) التبليغ الجنائي الإسلامي : ٤٠٦/٢ .

(٣) تخريجه وقام لفظه في نيل الأوطار : ٣١٧/٧ .

(٤) تخريجه وقامه من حديث عمران بن حصين في نيل الأوطار : ٢٨٠/٧ وما بعدها .

ولهذا فإن قوات الإحصان يدفع حد القذف ، لكن لا يعفى من العقوبة التعزيرية . وقد جاء في كشف القناع أن قذف ( من ليس بعفيف ) يوجب التعزير .. كفا له عن أذاه<sup>(١)</sup> وكلما لو قذف من صار إلى الإسلام ، وكان متزوجا قبل إسلامه ممن لا تحل له ، ويعزر القاذف لكف أذاه<sup>(٢)</sup> . وإن وجب تعزيره لم يبرأ من الضمان من باب أولى ، إذا لم يتعلق بذكر الجريمة الماضية غرض صحيح .

والأمر في القانون الإنجليزي قريب من هذا المعنى ، فارتكاب جناية لا يبرز الإشارة إليها إذا كان القصد هو الإساءة إلى الجاني ، كما أنه لا يبرز المبالغة أو الزيادة في وصف ما وقع بالفعل من الجاني .

(د) أداء واجب كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . ويدخل فيه فيما يظهر في أحوال الطعن على موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية إذا تعلق الطعن بعمله وكان الهدف منه هو حماية المصلحة العامة . وإذا يشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الامتناع عن التجسس لقوله تعالى : ( ولا تجسسوا )<sup>(٣)</sup> فإنه لا يجوز لأحد أن يقتص أثر أحد ليكشف من حياته عما ستره الله تعالى عليه ، إلا إذا تعلق به حق آدمي ، والترم في هذا التقصى بالأحكام الشرعية . ويجوز في هذا الإطار التعرض لما يعرف المرء من سلوك غيره عند السؤال عنه في تركية الشهود ، أو إذا كان شاهدا وسئل عما يعرفه عنه ، أو ما يشبهه من أحوال أداء الواجب . والقاعدة الفقهية أن أداء الواجب لا يتقيد بوصف السلامة .

(هـ) العفو : اختلف الفقهاء في حكم العفو عن القذف الموجب للحد ، فلا يرى أبو حنيفة للمقذوف حق العفو بعد ثبوت الجريمة ، بحكم أن القذف حد وجب لحق الله تعالى فلا يملك العبد إسقاطه . ويرى الشافعي وأحمد حق المقذوف في العفو عن القاذف ، تغليباً لحق العبد في القذف . ولمالك آراء متعددة ، منها أن

(١) كشف القناع : ١٠٥/٦ .

(٢) السابق : ١٠٦/٦ .

(٣) Dias and Markesinis Tort Law, P. 341 .

(٤) المبررات : ١٢ .

العفو يصح إلى رفع الدعوى، أو إلى سماع الشهود، أو مطلقا كمذهب الشافعي وأحمد<sup>(١)</sup>.

(١) فتح القدير : ١٩٨/٤ ، وحاشية ابن عابدين : ١٨٩/٣ .

## الفصل الثاني : جواهر الأضرار المالية والخاصة

### المبحث الأول : رد الأعيان

٣٩٨ - تقديم : يفضل الناس كما لا يخفى صفة الوضوح في القوانين التي يجمعونها للوصول إلى حقوقهم على الالتزام بصفة البراعة وتحري العدالة المطلقة في إيصال هذه الحقوق . ويرجع هذا التفضيل لأسباب عملية ، تتمثل في انخفاض تكلفة المطالبة بالحقوق وقلة الإجراءات ، مما يوفر الوقت والجهد . ويتضح لي عند مقارنته أسلوب تقدير الواجب في الإصابات البدنية في الفقه بنظرة القانوني أن الأولوية لصفة الوضوح في التقدير الشرعي ، وهي سبيلة إلى تحقيق العدالة ، على حين أن القوانين الحديثة تعتمد في تقدير الواجب بهذه الإصابات إلى تحري العدالة وهو آثار المدون . ولذا يعمد القانون الإنجليزي ، على سبيل المثال ، إلى حساب مقابل الألم والمعاناة Pain and suffering والفقد Bereavement ونقص الأجل Loss of expectation of life والمكاسب الضائعة Lost gain . وقد أدى هذا التقدير في حساب الواجب إلى تقلت العدالة المنشودة وضياها ، وهو ما يكشف عنه اتجاه القضاء الإنجليزي إلى التخفيض في تقدير التعويضات عموما ، كما يكشف عنه التفاوت بين الناس في تقدير الواجب لهم تبعاً لاختلاف منازلهم الاجتماعية . وبالإضافة إلى ذلك فإن طول إجراءات التقاضي وارتفاع تكلفته من الأمور التي تكشف عما جره تعقد أساليب حساب الواجب في الضمان .

٣٩٩ - ويتمثل وضوح الأسلوب الشرعي في تقدير الواجب في تحديد مقادير الديات والأروش المقدرة وترك الأمر إلى المختصين في الأروش غير المقدرة . ومفاد هذا التقدير تيسر مهمة القاضي ومعرفة المتقاضين حقوقهم وواجباتهم بالتقريب من قبل رفع الأمر إلى المحكمة . وهو طموح تسعى النظم القانونية الحديثة إلى تحقيقه ، لأهميته في توفير الإحساس بالرضا والعدل .

ويتسم أسلوب حساب جوارب الأضرار المالية بسمة الوضوح كذلك . بل إن هذه السمة في حساب هذا النوع من الجوارب أيسر إدراكا منها في جوارب الأضرار البدنية . ويرجع السبب إلى سهولة المقابلة بين الأضرار المالية وجواربها للتأثر بينهما . والضابط الذى أقامه الشارع لتقدير هذه الجوارب هو المثلية . ومستند هذا الضابط النصوص والمعموم المستفاد من أحكام الشارع .

أما النصوص فمنها قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله تعالى : ﴿ جزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ . وفى شرح القصص فى النفس والجروح ومعاملة الأعداء فى السلم وفى الحرب ما يدل على اعتبار الشرع للمثلية عموما .

٤٠٠ - المثلية فى القانون الإنگلىزى : يقدر الواجب فى الأضرار المالية فى هذا القانون بإيجاب القيمة السوقية Market Value للتالف إن كان التالف كليا ، وأرش النقصان ، وهو الفرق بين قيمة التالف سليما وقيمتة السوقية معيها إن كان التالف جزئيا<sup>(١)</sup> . وبهذا يتضح اتفاق الفقه الإسلامى والقانون الإنگلىزى فى ضابط تقدير الواجب فى الضمان . وقد آل الأمر فى هذا القانون إلى طرد تطبيق هذا الضابط فى حساب الأضرار المالية المتنوعة التى لحقت بالمتضرر وتقدير قيمتها وإيجاب مثل هذه القيمة على المتسبب فى الضرر .

يكشف عن أسلوب تطبيق ضابط المثلية فى أحوال التالف الكلى Loss فى هذا القانون النظر إلى الحكم فى قضية Liesbosch Dredger v. S. S. Edison ، الصادر عام ١٩٣٣<sup>(٢)</sup> . ففى هذه القضية تسببت سفينة أمريكية فى إغراق حفار للمدعى خارج ميناء Parras اليونانى ، حيث كان هذا الحفار يعمل بموجب عقد بين المدعى وبين الهيئة المسئولة عن الميناء . وأنتزت هذه الهيئة المدعى بإعمال نصوص العقد إذا تأخر فى تنفيذ التزامه ، وهو ما يعنى المطالبة بغرامات التأخير ومصادرة التأمين الذى كان مقداره

(١) Dias and Marquesinis, Tort Law, P. 427

(٢) Ibid, P. 92 and Remedies of English Law F. H. Lawson, P. 89

كثيرا . ولما كان المدعون عاجزين عن شراء حفار آخر من هولندا وتحمل تكلفة شحنه إلى الميناء اليوناني فقد اضطروا إلى استئجار حفار من إيطاليا للعمل محل الحفار الغرق . وقد حكم مجلس القضاة في هذه القضية بالتعويض عن الأمور التالية :

- (أ) القيمة السوقية للحفار الغارق ، وهو ما يقابل ثمن المثل في اصطلاحات الفقه الإسلامي .
- (ب) أجرة الحفار البديل وتكلفة التأمين عليه .
- (ج) نفقة شحنه إلى ميناء براس اليوناني .
- (د) التعويض عما فلت من كسب في الفترة بين غرق الحفار ووصول بدله .

ومن الواضح أن القيمة السوقية للمال غير قيمة شراؤه جديدا ، حيث يدخل في الاعتبار ظروف الشيء التالف وحالته . ولذا فإن القيمة السوقية تقدر بالنظر إلى حالة المال من التقدم أو الجدة ومن السلامة أو العيب .

أما عند التلف الجزئي Damage فإن الواجب هو ما تنقص من القيمة<sup>(١)</sup> ، أو قيمة ما تنقص<sup>(٢)</sup> . ويوجب الإتلاف الجزئي للمنقولات على وجه العموم قيمة الإصلاح Cost of Repair إلا إذا زادت تكلفة الإصلاح عن النقص في القيمة فيستحق المالك قيمة الشيء الذي لحقه التلف . وعادة ما تقدر تكلفة الإصلاح بالنظر إلى وقت حدوث التلف إلا إذا تراخى وقت حلوله عن وقت اكتشافه بفترة تغيرت فيها الأسعار فيرجع إلى الوقت الأخير . ولا يختلف الواجب في إتلاف الأموال أو تسيبها في الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي بوجه عام ، حسبما يتضح فيما يلي .

٤٠١ - وجوب الرد : لا ينقطع الملك بالغصب أو حيازة مال الغير بغير حق ، ويجب على الحائز رد المال لصاحبه حسبما أوجبه نصوص القرآن الكريم والسنة وإجماع الفقهاء .

..Value of the part severed (٢)

..Lessened Value of the property (١)

أما من القرآن فقوله تعالى : ﴿ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ <sup>(١)</sup> . وقوله : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتَدْلَوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لْتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ <sup>(٢)</sup> .. ووجه الاستدلال أن الأكل علم يشمل الانتفاع ، وهو لازم الحيازة ، فوجبت التخليه ورد الأموال إلى أصحابها .

وفي السنة قوله ﷺ : « لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَنَاعَ أَخِيهِ جَدًّا وَلَا لَاعِبًا ، وَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُرِدْهَا عَلَيْهِ » <sup>(٣)</sup> . وقال ﷺ أيضا : « لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَبِيبٍ نَفْسُهُ » <sup>(٤)</sup> . ويثبت السنة كذلك أنه لا ضرر ولا ضرار ، كما يثبت مبدأ حرمة دم المسلم ورضه وماله ، وهو ما يدل على وجوب رد المال لصاحبه . وروى عن النبي ﷺ أنه قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدي <sup>(٥)</sup> .

وقد أجمع الفقهاء على هذا المعنى ، ففى بداية المجتهد أن ( الواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه . وهذا لا خلاف عليه ) <sup>(٦)</sup> . ودليل وجوب الدر من المعقول فيما يذكر السرخسي أن الغاصب مفوت يد المالك بالأخذ ، ( واليد لصاحب المال في ماله مقصود ، به يتوصل إلى التصرف والانتفاع ، ويحصل ثمرات الملك . فعلى المفوت بطريق العنوان . نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران . عن صاحبه . وأثم وجوهه رد العين إليه . ففيه إعادة العين إلى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار إلى غيره إلا عند المعجز عنه ) <sup>(٧)</sup> .

ويترتب على الحكم بأن رد المقتصوب هو الحكم الأصلي أمران : أولهما :

(١) النساء : ٢٩ .

(٢) البقرة : ١٨٨ .

(٣) انظر ترجمته في نيل الأوطار : ٦٢/٦ .

(٤) السابق .

(٥) الدرر في شرح أحاديث البداية لابن حجر : ٢٠٠/٢ ، والتمهيد للحير لابن حجر : ٥٢/٣ .

(٦) بداية المجتهد لابن رشد : ٢٣٧/٢ ط . لاهور .

(٧) المبسوط : ١٦٠-١٥٠ .

أنه لا يجوز للغاصب الاحتفاظ بالمفصوب ولو مع إبداء استعداده لدفع قيمته إذا لم يوافق المالك ، إلا إذا قام سبب من الأسباب الناقلة للملك ، طبقاً لما سلف ذكره من اختلاف الفقهاء فيه . والآخر أنه لا يجوز للمالك المطالبة بقيمة المفصوب مع بقاء عينه ، ويجبر على أخذه<sup>(١)</sup> . وتشير المادة ١٣٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية إلى هذا المعنى ، ونصها : ( يجب على الغاصب رد المفصوب للمالك في الحال الذي غصبه فيه إن قدر عليه ، ولا يجبر على قبول عرضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته ) .

وقد اعتبر أكثر الأحناف أن الرد هو ( الموجب الأصلي ، ورد القيمة مخلص ، خلفاً عنه ، لأنها ( أى القيمة ) قاصرة ، والكمال في رد الصورة والمعنى . وقيل الموجب الأصلي القيمة ، ورد العين بذل عنها . ولذا يعتبر في رد ذوات الأمثال قيمة المفصوب يوم غصبه . ويظهر ذلك في بعض الأحكام ، منها إذا غصب جارية قيمتها ألف وله ألف حال عليها الحول لم تحب عليه الزكاة ، لأنه مديون والزكاة غير واجبة عليه )<sup>(٢)</sup> ، أى أنه مدين بقيمة الجارية ، وتصير ذمته مشغولة بهذا الدين ، يحكم أن القيمة هي الموجب الأصلي فلا تجب الزكاة . وكذا لو أبرأ المفصوب منه الغاصب حال قيام العين برىء من الضمان . ولا يجب عليه شيء لو هلك المفصوب بعد ذلك . ومن المحتمل أن اعتبار رد المثل أو القيمة هو الواجب الأصلي منه أن الأعيان لا تثبت في الذم ، لكن ذمة الغاصب مشغولة بحق المفصوب منه ، فوجب أن يكون ذلك بإثبات المثل أو القيمة . ويعارض هذا النظر أن إيجاب رد العين على الغاصب لا يعنى شغل ذمته بهذه العين ، وإنما تشغل الذمة بإيجاب العمل على تسليم المفصوب للمالك<sup>(٣)</sup> . ويجوز شغل الذمة بعمل من الأعمال ، كما هو الحال في التزامات الأجراء والصناع والبائع

(١) بدفع الصانع : ١٤٨/٧ ، ولسان الحكماء : ٣٠٥ ، وللهذب : ٣٦٧/١ ، ونهاية المحتاج : ١٤٩/٥ ، وشذائع الإسلام : ٢٣٩/٣ ، والبدع : ١٥٤/٥ ، وتبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، والقرشى : ١٣٢/٦ ، وشرح المجلة لسليم رستم بال : ص ٤٨٨ .

(٢) تبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ .

(٣) تبيين الحقائق : ١٥٨/٤ .

بتسليم المبيع والمشتري بتسليم الثمن . أما إذا عجز عن الوفاء بهذا الالتزام فإنه يطالب عندئذ بوجوب رد المثل أو القيمة .

٤٠٢ - موانع وجوب الرد : يتمتع وجوب رد المصنوع لأى من الأسباب التالية :

( أ ) هلاك المصنوع لعدم القدرة على الرد مع الهلاك ، والوجوب مقيد بالقدرة على الامتثال .

( ب ) عدم ولاية النولة الإسلامية على الغاصب ، كما إذا أخذ الحرقى مال المسلم أو الدمي .

( ج ) تغير المصنوع في الصورة والمعنى ، كما إذا غصب أحد حنطة فزرعها أو بيضا فأفرخ . ويتوسع الأحناف في هذا السبب كما تقدم ، ويعتبرونه مانعا من وجوب الرد مطلقا وسببا لا تنقل ملكية المصنوع إلى الغاصب ، فلو كان قطننا ففزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه وخاطه قميصا فإن حق المالك ينقطع ولا يجب عليه الرد . أما غير الأحناف فلا يبيرون مجرد التغير سببا كافيا لانقطاع حق المالك في المصنوع ، ويشترطون فيه ألا يمكن لحظ أصل المصنوع بعد تغيره ، كالبنور تزرع والبيض يفرخ ، كما يشترط بعضهم ألا يؤدي الرد إلى الإضرار بالغاصب ضررا يمنع الشرع منه ، كما لو غصب خيطا فخاط به جرح حيوان أو إنسان فإن الرد لا يجب .

( د ) تضرر الغاصب برد المصنوع ضررا يزيد على تضرر المالك من عدم الرد . والقاعدة الفقهية أنه يختار أهون الشرين ، كما يدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف . ومن فروعها فيما يذكره ابن نجيم أنه ( لو غصب ساجة ، أى خشبه ، وأدخلها في بناءه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة . وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها . ومنها لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس ، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها .. وإلا ضمن له قيمتها . ومنها لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر إلى أكثرهما قيمة

(هـ) رد المختار : ٢٦٧/٣ طبعة المكتبة الماجدية ، باكستان ١٣٩٩ .

فيضمن صاحب الأكر قيمة الأقل<sup>(١)</sup> . ويشترط غير الأحناف أن يكون تضرر الغاصب ممنوعاً منه شرعاً ، كما إذا غصب خيطاً فخطأ به جرح إنسان أو حيوان ، فلا يكلف نزعهُ للضرر .

٤٠٣ - مؤنة الرد : يكلف الغاصب رد المغمصوب إلى محل غصبه ، فما يتكلفه من مؤنة الحمل والنقل واجب على الغاصب وإن بلغت هذه المؤنة أضعاف قيمة المغمصوب . ( مثلاً . لو غصب متاعاً فنقله إلى بلاد بعيدة ، لا يمكن إرجاعه إلا بمؤنة كثيرة ، أو حيواناً فانقلت بمكان يعسر مسكه إلا بنفقة ، أو حطلة فاختلطت بتميز يحتاج في تخليصه إلى أجرة ، يلزم الغاصب جميع ذلك مهما بلغ )<sup>(٢)</sup> . وهو مذهب الشافعية<sup>(٣)</sup> . ومذهب الأحناف وجوب دفع القيمة عوضاً عن رد العين إذا زادت مؤنة حملها . وهو ما نص عليه المالكية ؛ ففى حاشية الخرشى أنه إذا وجد المغمصوب في غير محل الغصب للمالك أخذه في هذا المثل ، إلا أن يكون في نقله مؤنة فإن له أخذه في محل وجوده أو يأخذ قيمته يوم غصبه<sup>(٤)</sup> . ومرد ذلك إلى الموازنة بين تضرر الغاصب من الرد إلى مكان الغصب وبين تضرر المالك من فقد العين ، ودفع الضرر الأشد يتحمل الضرر الأخف . وقد نصت المادة ١٩٢ من القانون المدني العراقي على هذا المعنى بلفظ : ( يلزم رد المال المغمصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً . وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغمصوب معه فإن شاء صاحبه استرده هناك ، وإن طلب رده إلى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار ) .

ويلزم الغاصب نفقة الرد في أحوال وجوب المثل كذلك . يدل عليه الحكم في قضية الأعرابي الذي ( أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فقال إن بنى عمك عبدوا على إيل قبطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال له عثمان رضي الله تعالى عنه :

(١) غمر حيون البصائر للحنوي : ١٢٢/١ .

(٢) مادة ١٣٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية .

(٣) نهاية المحتاج : ١٤٩/٥ ، ١٦٣ ، ١٨٧ .

(٤) مادة ٨٩٠ من مجلة الأحكام المدنية والخرشى : ١٣٩/٦ .

إذا تعطيك إبلا مثل إبلك وفصلانا مثل فصلانك . فقال إذا تقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادى ، فغمزه بعض القوم بعيد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فقال : بينى وبينك عبد الله . فقال عثمان رضى الله عنه : نعم . فقال عبد الله رضى الله عنه : أرى أن يأتى هذا واديه فيعطى ثمة إبلا مثل إبله ، وفصلانا مثل فصلانه ، فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه<sup>(١)</sup> . فانظر كيف أعطاه إبله وفصلانه فى مكان الغضب والتلف ، ومقتضاه أن الغاصب هو الذى تحمل تكلفة النقل ومؤنة الرد إلى مكان الغضب . ولو هلك المَغصوب فى الطريق قبل التمكن من الرد لم يبرأ الغاصب ويطالبه المَغصوب منه . ويخرج على تحمل الغاصب مؤنة الرد أن نفقة تأمين النقل عليه كذلك .

٤٠٤ - مؤن التعيب والتقاضى : يتحمل الغاصب ما يلزم لرد العين سليمة إلى مالكها فى مكان أخذها ، فيجب عليه كذلك نفقة إصلاح الغيب وعلاج الحيوان . وقد نص الفقهاء على أن من غصب ثوبا وخرقه فإن أجره رفوه عليه ، وأن من غصب حيوانا ومرض عنده فإن أجره الطبيب وثن الدواء عليه كذلك . علته أن الواجب على الغاصب هو رد المَغصوب بحالته التى أخذه بها ، ولا يتمكن من أداء هذا الواجب إلا بالعلاج والإصلاح فكان عليه<sup>(٢)</sup> . وتقابل هذه النفقة ما هو معروف فى القانون الإنجليزى بعنوان Allowance of an improvement of the goods وعلى الغاصب أيضا نفقة التقاضى وما تحمله صاحب المال فى الدعوى ، لتعديه بالتسبب فى إتلاف مال الغير فيضمنه . جاء فى كشاف القناع : ( لو مطل المدين رب الحق حتى شكى عليه فما غرمه رب الحق فعلى المدين المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد .. لأنه تسبب فى غرمه بغير حق )<sup>(٣)</sup> . وهو ما نص عليه ابن تيمية أيضا<sup>(٤)</sup> . والشرط ألا يبالغ فيما ينفقه وألا يجاوز المعتاد فى نفقته ، فلا رجوع له على المعتدى فيما جاوز فيه المعتاد .

(١) المبسوط : ٥٣/١١ .

(٢) الخرشى : ١٥٠/٦ .

(٣) Dies and Markestins Tort law, P. 497 .

(٤) كشاف القناع : ٤١٩/٣ .

(٥) مختصر التناوى المصرية ص ٤٣٦ .

ويتفق مذهب المالكية في هذا مع المذهب الحنبل<sup>(١)</sup> ، وهو قياس مذهب الأحناف والشافعية .

٤٠٥ - التفقة على المصسوب : لاحق للغاصب في الرجوع بما أنفقه على مال غيره ، لأنه متعد وليس لعرق ظالم حق ، ولأنه فضولى لا يستند فعله في الإنفاق إلى ولاية على صاحب المال أو إذن منه أو قضاء فلا يرجع بما أنفق ، لأنه لا إلزام بدون التزام . وفي المادة ( ٩٠٨ ) من مجلة الأحكام العدلية أنه ( إذا كرب أحد أرض آخر غصبا ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة أجرة في مقابلة الكراب ) . وفي البدائع أنه ( لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ صح صح .. لا يرجع الغاصب على المالك بما أنفق ، لأنه أنفق على مال الغير بغير إذنه ، فكان مثيرعا . وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه . وكذلك لو كان نخلا اطلع فأبره ولقحه وقام عليه فهو للمصسوب منه ولا شيء للغاصب فيما أنفق لما قلنا .. ولو غصب ثوبا فقتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شيء للغاصب ، لأنه ليس للغاصب عين مال متقوم فيه . أما القتل فإنه تغيير الثوب من صفة إلى صفة )<sup>(٢)</sup> وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة ؛ ففى الأم أن ما يحدثه الغاصب فيما اغتصبه مما لا عين له ، ( مثل المشاة يغصبها صغارا والرقيق يغصبهم صغارا فيداويهم وتعظم نفقته عليهم حتى يأتى صاحبهم وقد أنفق عليهم أضعاف ثمنهم فليس له شيء )<sup>(٣)</sup> . وفي معنى المحتاج أن زيادة المصسوب إن كانت ( أثرا محضا كقصارة الثوب وخياطة .. وطلحن حنطة وضرب السبائك دراهم وضرب الطين لبنا .. فلا شيء للغاصب بسببها لتعديه بعمله في ملك غيره )<sup>(٤)</sup> . وهو مذهب الحنابلة أيضا ؛ ففى كشف القناع أنه لا شيء ( للغاصب بعمله المؤدى إلى الزيادة ، لأنه تبرع في ملك غيره فلم يستحق لذلك عوضا ، كما لو غل زيتا فردت قيمته )<sup>(٥)</sup> .

(١) المحرر : ١٤٣/٦ ، ١٤٤ ، وحاشية العلوى في الوضع نفسه وحاشية السوى : ٤٠٥/٣ .

(٢) معنى المحتاج : ٢٩١/٢ .

(٣) بدائع الصنائع : ١٦٢/٧ .

(٤) كشف القناع : ٨٨/٤ .

(٥) الأم : ٢٢٦/٣ .

أما المالكية فمذهبهم كما يقول خليل أن ما أنفق في الغلة . ومعناه ( أن ما أنفقه الغاصب على المقتنض كعلف الدابة ومؤنة العبد وكسوته وسقى الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحوه يكون في الغلة التي تكون لربه كأجرة العبد والدابة والأرض ، يقاصصه بها . فإن تساويا فواضح ، وإن نقصت الغلة فليس للغاصب الطلب بالزائد لظلمه . وإن زادت على النفقة كان لربه أخذ ما زاد (١) ومقصود هذا الرأي هو الجمع بين مصلحة كل من الغاصب والمالك . أما الأصول العامة فتقتضى بوجوب نفقة المراء على ما يملكه ، لأن هذه النفقة وجبت عليه بمقتضى ملكه ، ولذا يجبر عليها لو امتنع عن الإنفاق على حيواناته . وكان القياس لهذا أن تجب النفقة على الغاصب بالغة ما بلغت ، إذا لم تتجاوز المعتاد المألوف .

وإذا استحسّن الجمهور ألا يرجع الغاصب على المالك بما أنفقه لتعديبه ولانتفاعه بهذه النفقة حفظ المقتنض الذي يلتزم برده . ومن جهة أخرى فإنه لو وجب له حق الرجوع على المالك لجاز له إمساك العين في مقابل حقه بما يعود على أصل الباب بالتناقض . ولعل الرغبة في استبعاد هذا الحق هو سبب تقييد المالكية حق الرجوع في نفقة المقتنض بعقلته .

٤٠٦ - ما يتحقق به الرد : يرى الغاصب برد المقتنض لصاحبه لأنه هو الواجب عليه حسبا تقدم ، ولا يسأل عما يحدث للعين بعد ردها لصاحبها من تلف أو فوت ، إلا إذا أضيف هذا التلف أو الفوت إلى سبب من جهة الغاصب . ويتحقق الرد بالتخلى بين المال وصاحبه وبدفعه إليه وبكل ما يعد تسليمًا للمقتنض في العرف والمادة وإن لم يعلم صاحب المال بهذا التسليم ، ( لأن إثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل . ولذا لم يكن العلم شرطًا لتحقيق الغصب فلا يكون شرطًا لبطالانه (٢) . ويرى الغاصب بناء عليه لو سلم العين لصاحبها بإيداع أو قرض أو هبة أو إجارة أو ضيافة ، كما لو

(١) النسوق : ٤٥٠/٣ .

(٢) بالغ اصطلاح : ١٥٠/٧ .

كان المضمون طعاما فقدمه الغاصب لصاحبه فأكله . يقول السرخسي :  
 ( غصب من رجل ثوبا ، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى  
 تحرق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب . وكذلك المكيل والموزون إذا غصب  
 منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب بريء عن الضمان  
 عندنا . وفي أحد قولي الشافعي رضي الله عنه لا يبرأ ، لأنه ما أتى بالرد المأمور  
 به ، فإنه غرور منه ، والشرع لا يأمر بالغرور .. ولأنه ما أعاد إلى ملكه كما كان ،  
 لأن المباح له الطعام ، ولا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا في  
 حكم الرد . ولو جعلنا هذا ردا تضرر به المضمون منه لأنه أقدم على الأكل بناء  
 على خبره أنه أكرم ضيفه ولو علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله إلى عياله فأكله  
 معهم فلقدغض الضرر عنه بقى الضمان على الغاصب ) (١) . وقد أراد المالكية ضبط  
 هذا الغرور الذي يمنع الاسترداد باشتراط كون الطعام الذي أكله المالك من جنس  
 ما يقدم إليه وفي مستواه وإلا لم يبرأ الغاصب من وجوب الرد وكان غارا .

ولا تتميز النقود بالتعيين ، فلو سلم الغاصب المضمون منه قدر ما أخذه  
 من النقود بريء ، إذ لا يشترط رد عينها .

وإنما يبرأ الغاصب الثاني بالرد إلى الغاصب الأول أو المالك ، إلا إذا هلك  
 العين ، ووجب عليه رد المثل أو القيمة فإنه لا يبرأ بالرد إلى الغاصب الأول عند  
 أبي يوسف خلافا لأبي حنيفة ومحمد . دليل أبي يوسف أن الضمان الواجب  
 على الغاصب الثاني للمالك فلا يبرأ بأدائه إلى غيره . ولهما أن أداء المثل خلف عن  
 العين فيبرأ رد المثل أو القيمة إلى الغاصب الأول ، مثلما يبرأ برد العين إلى من أخذها  
 منه (٢) .

٤٠٧ - الرد في القانون الإنجليزي : ترك القانون الإنجليزي ، طبقا  
 لما سلفت الإشارة إليه ، الحكم برد المنقولات المضمونة Restituiton of the  
 Goods إلى كل من اختيار المدعى والمدعى عليه وتقدير المحكمة . فقد أجازت

(١) البسوط للسرخسي : ١١/١٠٠ .

(٢) البائع : ١٠١/٧ .

المادة الثالثة من قانون ضمان المنقولات (Torts (interference with goods) Act الصادر عام ١٩٧٧ في فقرتها الثانية والثالثة للمدعى عليه اختيار دفع القيمة بدلا عن العين ، كما أباحت هاتان الفقرتان للمدعى المطالبة بالقيمة بدلا عن استرداد المنقول . ويفسر Lawson هذا التردد في إعطاء المالك الحق في استرداد ملكه ، مما ( يعد نقصا في القانون ) ، على حد تعبيره ، بالإشارة إلى نوعين من الأسباب . أولهما : تاريخي يتعلق بالصعوبات العملية التي يقتضيها البحث عن المفقود نفسه ، وتكليف الحاكم Sheriff بالاستيلاء على العين المفقودة ، وذلك في مقابل السهولة النسبية التي يقتضيها تنفيذ الحكم بضمن القيمة ، وهو ما لا يستلزم سوى الاستيلاء على جزء من أموال المدعى عليه لإجباره على دفع القيمة أو التبرع ما يكفي من أمواله للوفاء بهذه القيمة . والثاني عملي ينطبق على الحاضر والماضي على السواء ، ويتمثل في أن الغالب في المنقولات المفقودة أنها من المثلثات Fungible التي يتيسر التبادل فيما بينها دون إلحاق ضرر يذكر بالمالك أو المدعى . أما الأموال الأخرى غير المثلثة بطبيعتها أو التي تتعلق ما لكوها بها تعلقا شخصيا فلم يكن غصبها كثير الوقوع إلى الحد الذي يوجب الإلزام برد أعيانها . ومن جهة أخرى فقد ساد النظر إلى المنقولات بعين الاستخفاف الذي تدل عليه القاعدة القانونية اللاتينية<sup>(١)</sup> (Res Mobilis Res Vils) القاضية بأن ما لا قرار له لا قيمة له . وقد ناسب هذا الاستخفاف بالمنقولات عدم الإصرار على حق المالك في استرداد أعيانها<sup>(٢)</sup> .

وقد ترك محاكم العدالة Equity Courts بعد قيامها إلزام المدعى عليه بتسليم المنقولات المفقودة وأن تحجيره على ذلك بحسبه إذا امتنع عن الوفاء بهذا الواجب إن رأت المحكمة أن رفع الضرر لا يتحقق إلا به وأصر المدعى على الاسترداد .

أما في العقارات فلم يترك القانون الإنجليزي مثل هذه الحرية في التقدير لأحد ، وأخذ بموجب رد الأعيان لأصحابها . ولم يشهد تاريخ هذا القانون

(١) معنى هذه القاعدة في الإنجليزية : Movables are Cheap .

(٢) Remedies on English Law, F. H. Lawson, 2nd edition, P. 204 .

أى نوع من التردد حيال حق المدعى فى استرداد عقاره ممن استولى عليه بغير حق . وقد يعمل هذا الاطراد فى التاريخ بأهمية الأرض فى حياة الناس وارتباط حياتهم بها ، كما أنه قد يعمل كذلك بغلبة الإقطاع وسيطرته وآلزام السادة بحماية أراضيهم لأسباب تتعلق بفرض السلطان والنفوذ .

ويطلق على دعوى استرداد العقار اصطلاح دعوى الطرد Ejectment التى تنشأ فى الغالب لمواجهة مخالفة المستأجر شروط عقد الإجارة ، أو لرفضه تسليم الأرض للمالكها بعد انتهاء مدة الإجارة . وقد اتسمت الإجراءات فى تاريخ القانون الإنگليزى بالتعقيد فيما يتعلق بهذا النوع من الدعاوى ، فقد خضع التقاضى فى هذه الدعاوى قرونا عديدة لحيلة إجرائية تمثلت فى افتراض شخصيتين خياليتين ، أولهما John Doe الذى كانت الأرض فى يده وأجرها للآخر وهو Richard Roe الذى يقابل المدعى عليه فى الواقع . ولا يلبث هذا المدعى عليه المفترض أن يتسحب من الدعوى ، على أساس أنه لا يدعى حقا فى الأرض موضوع النزاع ، طالبا من المدعى عليه الحقيقي أن يتقدم إلى المحكمة بأدلة على حقه فى هذه الأرض . وقد نجح القانون الإنگليزى فى إزاحة هذا التعقيد الإجرائى منذ ما يزيد عن قرن ، واعترف بحق صاحب الأرض فى استردادها ، فانتهت بهذا أشهر حيلة فى تاريخ هذا القانون .

وإنما لم يعرف الفقه الإسلامى التفريق بين العقار والمنقول فيما يتعلق بوجوب رد المقتصوب منهما ، لأن النصوص الشرعية حددت أسباب انتقال الملكية وأوجبت على الغاصب إعادة المال ، عقارا أو منقولا ، لصاحب الحق فيه .

٤٠٨ - الظفر بالحق Self help : يعنى الظفر بالحق أن يصل صاحب المال لحقه بنفسه دون لجوء للوسائل القضائية فى رفع الدعوى والتقاضى والانتظار إلى صدور الحكم<sup>(١)</sup> ، فهو عبارة عن أخذ صاحب الحق ماله بغير رضا المدين به ولا حكم الحاكم<sup>(٢)</sup> . ويتنازع النظر فى حكم هذا الأخذ

(١) يختلف عن دفع الصائل self defence فى أن هذا الأخير لدفع الضرر قبل وقوعه أما الظفر فترفع هذا الضرر بعد الوقوع .

من الوجهة الفقهية مُصلحتان معتبرتان شرعا . أولاها مصلحة صاحب المال في تحصيله ، والأخرى مصلحة صاحب اليد في إقراره على ما تحت يده وسد أبواب التنازع ، ووجوب أن يتقدم كل من يرى لنفسه حقا إلى القاضي ، حتى لا يعتمد كل أحد على أخذ أموال الآخرين بادعاء الظفر بحقه . والخلاف بين الفقهاء في مسألة الظفر مبنه على الاختلاف في تغليب إحدى المصلحتين والترجيح بينهما . وينقل ابن اللحام اختلاف الحنابلة بقوله : ( مسألة الظفر اختلف العلماء فيها . فمنهم من قال بعدم الجواز بكل حال ، وهو قول مجاهد والحسن وعطاء الخراساني ، ومالك في رواية وأحمد . واحتج أحمد في مواضع بقول النبي ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » . واستدلالة بالحديث يدل على ثبوته . ولعلنا جعله القاضي رواية عنه بثبوت الحديث . وهو يخالف رواية مهنا عنه بإنكاره . واحتج أيضا بأنه « لا يحمل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » .

( وأما من قال بالجواز فلقلوه ﷺ : لهند « خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف » . وهو قول الشعبي وفكرمة وابن سيرين والنخعي ومالك في المشهور عنه والشافعي وأبي ثور . وخرجه بعض أصحابنا رواية عن أحمد في جواز أخذ الزوجة من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف . وقد نص أحمد على التفريق بينهما فلا يصح التخرج المذكور ، وأشار إلى الفرق بأن المرأة تأخذ من بيت زوجها ، يعني أن لها يدا وسلطانا على ذلك ، وسبب النفقة ثابت وهو الزوجية فلا تنسب إلى الخيانة . وعكس ذلك طائفة من الأصحاب وقالت : إذا ظهر السبب لم يجوز الأخذ بغير إذن . لإمكان البيئة عليه ، بخلاف ما إذا خفى عليه فإنه يتعذر وصول حقه إليه حيثئذ يكون الأخذ خفية . وأجاب القاضي أبو يعلى عن حديث هند : خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف وبجوابين : أحدهما : أن الأخذ هنا لإحياء النفوس ، ولذلك جاز بدون إذن ، كأخذ المضطر مال غيره . الجواب الثاني : أن قوله خذى حكم قضي ، ومع حكم الحاكم يجوز الأخذ بغير إشكال . وقد أشار أحمد في رواية حرب إلى الفرق بين الأخذ من الأمانات كالودائع ، ومن غير الأمانات . فقال في الأمانات لا يأخذ للأمر برد الأمانات

إلى أهلها . وقال في غير الأمانات فيه اختلاف وكأنه كرهه (١) .

وتُعبر هذه التخوفات التي أبدتها من كره الاستيلاء على الحق وأخذها خارج إطار التنظيمات القضائية والإجراءات المحددة شرعا عن الالتفات إلى أهمية الحفاظ على هذه التنظيمات والإجراءات وعدم تجلوزها في أخذ الحقوق . لكن يبدو أن الاتجاه إلى كراهية الظفر بالحق هو الذي رجحه فقهاء المذهب الحنبلية ؛ ففي كشف القناع أن ( من له على إنسان حق لم يمكن أخذه منه بما تم وقدر له ، أى للمدين ، على مال لم يجوز ، أى يحرم على رب الحق في الباطن أخذ قدر حقه . لقوله عليه السلام : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » .. . ولأن التعيين والمعاوضة لا يجوز بغير رضا المالك .. لكن لو غضب ماله جهرا أو كان عنده بين ماله فله أخذ قدر المغصوب جهرا (٢) . واشترط بعضهم ألا يفضى الأخذ في هذين الاستثناءين إلى الفتنة واشتداد النزاع (٣) .

وقد تردد الأحناف في حكم الظفر بالحق كذلك ، لكن رجح البعض حرمة ، ففي الفتاوى الغبائية أن ( من له على آخر دين طأخذ من ماله مثل حقه صار غاصبا ، لأنه أخذ بغير إذنه ، ويصير ما أخذه : قصاصا بما له عليه . قال الصدر الشهيد : المختار أنه لا يصير غاصبا ، لأنه أخذه بإذن الشرع . ولو أخذ ذلك غير صاحب الدين ودفعه إليه ، قال محمد بن سلمة : المغصوب منه بالخيار : إن شاء ضمن الآخذ وإن شاء ضمن صاحب الدين ، لأن الأول غاصب والثاني غاصب الغاصب ، أو غير غاصب لكن المال مضمون عليه . فإن اختار تضمين الأول الآخذ لم يصير قصاصا بدينه . وإن اختار تضمين صاحب الدين صار قصاصا . وقال نصير رحمه الله : لا خيار ، ويجعل الآخذ كالمعين لصاحب الدين على أخذه حقه . وما قاله نصير أليق بالقول المختار الذي ذكرناه ، وعليه الفتوى (٤) . وقد ذكر ابن عابدين اختلاف متقدمي الأحناف ومتأخريهم

(١) القواعد والقوائد الأصولية : ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) كشف القناع : ٣٥٧/٦ .

(٣) السابق ، وغضير الفتاوى المصرية لابن تيمية ص : ٩٠٦ .

(٤) الفتاوى الغبائية لنور بن يوسف الخطيب : ص ١١٩ ، وانظر مجمع الضمانات : ص ٦٢٥ .

في حكم الظفر ، ونسب إلى المتقدمين القول بحرمته وإلى المتأخرين ترجيح  
جوازه ، مفسرا هذا الاختلاف بأنه اختلاف أزمنة بقوله : ( عدم جواز الأخذ  
من خلاف الجنس كان في زمانهم لمطلوعتهم في الحقوق . والفتوى اليوم على جواز  
الأخذ عند القدرة من أى مال كان ، لا سيما في ديارنا لما لو منهم للحقوق :  
عفاء على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق  
وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صلوق<sup>(١)</sup>

ومشهور مذهب مالك أنه لا حق للدائن في أخذ عين ماله أو جنسه  
إلا بقضاء . وحديث هند « خلى ما يكفيك ولذلك بالمعروف » محمول على أنه  
كان حكما قضائيا للنبي ﷺ . وقد انتصر خليل لهذا الرأي في باب الوديعة ،  
فنص على أنه لا يجوز للمودع الأخذ من وديعة من ظلمه بإنكار مثلها<sup>(٢)</sup> . وحجة  
أصحاب هذا الرأي أنها ( دعوى في مال على معين فلا يدخله إلا القضاء )<sup>(٣)</sup> .  
والاتجاه الآخر في المذهب أنه يجوز لمن ظفر يمين حقه أو يمينه أن يأخذه بشروط  
أربعة :

- ١ - أن يأمن الأخذ على نفسه العقوبة بضرب أو حبس أو قطع .
  - ٢ - أن يؤمن الفتنة .
  - ٣ - أن يأمن الغاصب نسبة نفسه إلى ارتكاب جريمة من الجرائم  
كالغصب والسرقة .
  - ٤ - إذا كان المأخوذ منه ملثما في إنكار الحق ظلما<sup>(٤)</sup> .
- ويرجع هذا الرأي عند من كبار علماء المذهب ، كاللخمي وابن يونس  
وابن رشد والمزرى والزرقلاني والبناني<sup>(٥)</sup> .

(١) حاشية ابن عابدين : ٢٢٠/٣ .

(٢) تهذيب الفروق والفوائد السنية محمد علي بن حسين : ٢٠٧/١ ، والفروق : ٢٠٨/١ .

(٣) السابق .

(٤) السابق وحاشية للمزنى : ٤٣١/٣ .

(٥) تهذيب الفروق : ٢٠٧/١ .

ومذهب الشافعية أن للمالك أخذ ماله من غاصبه ، سواء ظفر بعين ماله أو بجنسه أو بغير جنسه . ويستدلون لمذهبهم بقوله تعالى : ﴿ وجزاء سبيقة . حيث مثلها ﴾ (١) . ويقولون : ﴿ ولئن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ﴾ (٢) . ويقولون : ﴿ والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون ﴾ (٣) . ويستدلون كذلك بحديث هند « خلى ما يكفيك ووليك بالمعروف » ، ويرون أنه كان إفتاء من النبي ﷺ لأقضاء ، ( لأن أبا سفيان كان آنذاك بالمدينة ، والقضاء على الحاضر من غير إعلام ولا سماع حجة لا يجوز فيتعين أنه فتوى ) (٤) .

وترشد حكاية هذه الآراء إلى الأمور التالية :

١ - جواز أخذ الحق عند الظفر به ديانة ، فلا يعد الأخذ لحقه غاصبا أو كالتغاصب .

٢ - اشتراك المذاهب الفقهية في التردد بين تغليب مصلحة حفظ المال لصاحبه بتسليطه عليه وبين تغليب مصلحة حماية صاحب المال من التعرض للأذى والعقاب ودفع الأضرار المحتملة الوقوع إذا ترك الاستيفاء لكل واحد .

٣ - مذهب المالكية بهذه الشروط التي ضبطوها والتي عبر عنها بعض فقهاء المذهب الحنفي أولى بالقبول فيما يظهر لي ، لاجتماع النظر فيه إلى مصلحة المالك بحفظ ماله وحمايته من وقوع الضرر به .

٤٠٩ - ويتبدى هذا التردد في نظرة القانون الإنجليزي إلى الظفر بالحق Self help حسنا اتضح فيما سبق (٥) . ويعتبره البعض أحلها عتقا للوصول إلى الحق في المجتمعات التي لم تتطور نظمها القانونية والقضائية . وإذ تنقيد مسألة الظفر في البقعة بالمنقولات فإنها تشمل في القانون الإنجليزي صورا عديدة يرجع

(١) الشورى : ٤٠ .

(٢) الشورى : ٤١ .

(٣) الشورى : ٣٩ .

(٤) عهدي التروك : ٢٠٧/١ ، وانظر للمذهب : ٢٨٢/٢ .

(٥) ص ٢٠٠ من هذا البحث .

بعضها إلى العقارات ، ولا تتضح علاقتها بجبر الضرر في هذا القانون وضوحها في الفقه .

ومن صور الاعتماد على الذات لئيل الحق في العقارات أن يقوم المالك بطرد الغاصب<sup>(١)</sup> . ولا يخفى أن من يعمد إلى طرد أحد دون أن يستند إلى حق من حقوق الملكية فإنه يكون متعديا . وقد حكم لهذا بتعدي اللاعين الذين أجبروا أحد زملائهم على مغادرة أرض الملعب بعد أن رفض الامتثال لأوامر مدربه له بالخروج ، وذلك في قضية Collins V. Renison ( ١٧٥٤ م ) . وإنما حكم بتعليقهم بناء على أنهم لا يملكون هذه الأرض التي كانوا يلعبون عليها ، ومن ثم لم يكن لهم حق في إجباره على الخروج منها<sup>(٢)</sup> . . وقد اتجه القانون الإنجليزي إلى تجريم استخدام القوة في إجبار أحد على الخروج من أرض أو عقار ، ولو لم يكن لهذا الذي يراد إخراجه أى سند قانوني . وهذا هو ما أخذ به القانون الجنائي الصادر عام ١٩٧٧<sup>(٣)</sup> . ويوجب هذا القانون الذهاب إلى المحكمة بدلا من اللجوء إلى القوة لإجبار واضح اليد على العقار دون سند قانوني على مغادرته والخروج منه . ولا حق للمالك في إنجلترا منذ عام ١٩٦٥ في إجبار المستأجر على الخروج من العقار المؤجر ، ويعد متعديا بمحاولته ذلك .

ولعل القانون العرفي أقل بنضا للاعتماد على القوة لئيل الحق في المنقولات . ويعترف القانون الأمريكي فيما يبدو بحق المقصوب في الملاحقة الساخنة Hot Pursuit للغاصب أو من انتقل إليه المال بعد غصبه . ومع ذلك فإن الموقف في إنجلترا فيما يتعلق بنيل الحق في المنقول ذاتيا يتسم بقدر غير قليل من الغموض فيما يلاحظ Lawson<sup>(٤)</sup> . ويرجع هذا الغموض فيما يبدو إلى الرغبة في مراعاة حق المالك في متابعة غاصبه ، وخاصة في المنقولات التي يفر بها غاصبها

(١) Remedies of English Law, lawson, P. 1

(٢) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 221

(٣) Criminal Law Act 1977

(٤) Remedies of English Law, P. 28

ويغيب عن عين المالك في المجتمعات الصاعدة الحديثة ويؤدي تكليفه بالذهاب  
 لقسم الشرطة إلى إعطاء الغاصب فسحة من الوقت لتغيب المال وإخفائه .  
 وتتدخل هذه الرغبة مع الخوف مما يؤدي إليه إعطاء كل واحد الحق في تنصيب  
 نفسه حكماً يقضى لنفسه ويأخذ من أموال الآخرين ما يراه حقاً له . وتؤدي  
 الموازنة بين حق صاحب المال وتضرره بمنعه من الظفر بحقه وبين الاضطراب العام  
 الذي سينشأ لو نصب كل واحد نفسه قاضياً إلى تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر  
 العام . ولذا ينتهي Lawaon إلى أنه لا يجد سنداً من نص أو سابقة في القانون  
 العرفي الإنجليزي تؤيد مبدأ الظفر بالحق<sup>(١)</sup> .

ولا يبعد هذا التردد كثيراً عما أحس به الفقهاء المسلمون في خصوص هذه  
 القضية حسماً سبق بيانه .

---

(١) السابق : ص ٢٩ .

## المطلب الثاني : ضمان المثل والقيمة

٤١٠ - وجوب الضمان : إذا تعلق رد العين المغصوبة أو تلفت بدون غصب أو كان المغصوب منفعة لا عيناً فإن الواجب هو المثل أو القيمة . وينحصر مفهوم الضمان عند البعض كما تقدم في هذه الأحوال التي يتعلز فيها رد أعيان الأموال . وقد سبق أن تعلز رد العين يكون لتلفها أو تعيبها عيباً فاحشاً أو تغيرها تغيراً أزال المنفعة المقصودة منها ، أو أهم أو صافها ، أو إذا اختلطت بغيرها ، أو إذا اختار المالك تضمين المثل أو القيمة في الأحوال التي يجوز له فيها هذا الاختيار .

ولا خلاف على هذا القدر بين الفقهاء . وقاعدة الضمان عند جمهورهم وجوب المثل إن كان المغصوب أو التالف مثلياً وقيمه إن كان قيمياً . وطبقاً لهذا الرأي لا يعمل عن المثل إلى القيمة إلا إذا تعلز المثل لا نقطاعه أو لكون المال الفائت من غير المثليات ، وذلك للضرورة . ومع هذا فإن السرخسي يذكر رأياً لمن أسماهم بنفاة القياس الذين أجازوا دفع القيمة مطلقاً عند فوات العين ، سواء كانت من المثليات أو القيميات . وأذكر عبارته لأهمية هذا الرأي . يقول : ( المغصوب إذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة ، لأن حق المغصوب منه في العين والمالية ، وقد تعلز إيصال العين إليه فيجب إيصال المال إليه . وجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ، ومالية الشيء عبارة عن قيمته )<sup>(١)</sup> .

وقد أجمل ابن حزم آراء العلماء في الواجب في المثليات بقوله : ( وأما القضاء بالمثل فإن المتأخرين اختلفوا ، فقال بعضهم : لا يعطى إلا القيمة في كل شيء . وروينا من طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن أبي إسحاق الشيباني فيمن استهلك حنطة أن له طعاماً مثل طعامه . قال سفيان وقال غيره من فقهاءنا :

(١) البسيط للسرخسي : ٥٠/١١ .

له القيمة . وقال أبو حنيفة ومالك : أما ما يكال أو يوزن فعليه مثله من نوعه ، وأما ما عدا ذلك من العروض والحيوان فالقيمة . وقال أصحابنا : المثل في كل ذلك ولا بد ، فإن غلب المثل فالمضمون له مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل وبين أن يأخذ القيمة . قال أبو محمد : هذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه (١) . ولعل بعض أصحاب ابن حزم الذين ينكرون وجوب المثل هو الذين عناهم السرخسي بعنوان ( نفاة القياس ) الذين عزا إليهم هذا الرأي .

٤١١ - اختلاف العلماء في وجوب المثل : تفيد العبارات السابقة لكل من السرخسي وابن حزم اختلاف العلماء في مبدأ إيجاب المثل واتجاه طائفة من الفقهاء إلى إيجاب القيمة مطلقاً إذا تعلق رد العين . ويسمى السرخسي هذه الطائفة بأنها من نفاة القياس ، فهل يدل هذا الوصف على أن إيجاب المثل لم يثبت بالنص عليه ، وإنما ثبت بالقياس ؟ الإجابة فيما يلي :

يلزم جمهور العلماء إلى أن الواجب إذا تعلق رد العين هو المثل إذا كانت العين من المثليات . وتعرف المادة ١٤٥ من مجلة الأحكام العدلية المثلي بأنه : ( ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به ) . وتوضح هذا التعريف في المادة ١١١٩ من المجلة نفسها ، حيث جاء فيها : ( المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات . لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة كالأنية المشغولة باليد قيمة . وكذلك كل مثل خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز كحنتطة خلطت بشعر .. أما المنروعات التي يتأخر كل ذراع بكلاً ولا تفاوت بين أفرادها كالجوخ من جنس واحد والأقمشة من مصنوعات المعامل فمثلية . والعدييات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر قيمة ، وكتب الخط قيمة ، وكتب الطبع مثلية ) .

٤١٢ - وشروط تعين الواجب في رد المثل عند أولئك ثلاثة :

الأول : كون المصنوع من المثليات . ويتضمن هذا الشرط أن تكون العين

المغصوبة أو التالفة من هذه الأصناف التي تقدم ضابطها ، وهو عدم التفاوت بين أفرادها . ويتضمن هذا الشرط كذلك أن تكون هذه العين بحالة المثلية ، فلو استخدمت السيارة فترة حتى تغيرت صفاتها المخطية لم تعد من المثليات .  
الثاني : تلزم رد العين لسبب من الأسباب المشار إليها آنفا .

الثالث : عدم انقطاع المثل وتوافره في الأسواق بأثمانه المألوفة . ولا يبعد أن يأخذ المثل حكم القيمي عند الجمهور إذا ندر وجوده وارتفع ثمنه ارتفاعا فاحشا . ومن الانقطاع كذلك أن يوجد في الأسواق البعيدة التي لا يذهب إليها أهل المحلة التي وقع فيها التعدى .

٤١٣ - والأدلة التي استند إليها القائلون بوجوب رد المثل في المثليات عديدة . من بينها قوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتبوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ <sup>(١)</sup> . وقد ذكر القرطبي استدلال العلماء بهذه الآية على وجوب المثل ، وأنه لا يعمل عنه إلى القيمة إلا إذا تلزم رد المثل <sup>(٢)</sup> . ومما استدلو به عموم قوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ <sup>(٣)</sup> ، وقوله : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ <sup>(٤)</sup> . ولعل أقرب الأدلة إلى إيجاب المثل من القرآن قوله تعالى : ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ <sup>(٥)</sup> ، إذ تفيد بمنطوقها إيجاب مثل الحيوان المصيد في الحرم . ومع ذلك فإن المعتبر في المذهب الحنفي أن الحيوان ليس من المثليات <sup>(٦)</sup> .

وأثبتهم من السنة ما جاء عن أنس قال : ( أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها ، فقال النبي ﷺ : « طعام بطعم وإناء بإناء » ، رواه الترمذي وصححه ، وهو بمعناه

(١) البقرة : ١٩٤ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ٣٠٧/٢ .

(٣) النحل : ١٢٦ .

(٤) الشورى : ٤٠ .

(٥) المائدة : ٩٨ .

(٦) المذلة : ٧٢/٣ .

لسائر الجماعة إلا مسلما . وعن عائشة أنها قالت : « ما رأيت صائنة طعاما مثل صفة ، أهدت إلى النبي ﷺ إزاء من طعام فما ملكت نفسي أن كسرتة . فقلت يا رسول الله ما كفارته ؟ قال إزاء كإزاء وطعام كطعام » . رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي<sup>(١)</sup> . وفيه دلالة على ضمان مثل ما هلك .

أما الاستدلال من المعقول على هذا المذهب فيوضحه قول السرخسي :  
( المثل نوعان : كامل وقاصر ، فالكامل هو المثل صورة ومعنى ، والقاصر هو المثل معنى ، أى فى صفة المالية ، فيكون الواجب عليه هو المثل التام إلا إذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفا عن المثل التام فى كونه واجبا عليه .. ولأن المقصود هو الجبران ، وذلك فى المثل أتم ، لأن فيه مراعاة الجنس والمالية ، وفى القيمة مراعاة المالية فقط ، فكان إيجاب المثل أعدل إلا إذا تعلل ذلك بالانقطاع من أيدى الناس فحينئذ يصار إلى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة<sup>(٢)</sup> . ويرشد هذا التعبير النظرى المجرد عن المصالح التى أراد القائلون بإيجاب المثل تحقيقها إلى أنهم توخوا تحقيق العدالة التامة الكاملة بين الضرر والتعويض عنه ، وهو ما لا يتحقق على هذا النحو بإيجاب القيمة . وإذا حاولنا التعبير عن هذا المعنى بلغة عملية أقرب إلى حساب التكلفة والموازنة بين ما فات على المتضرر وبين ما يأخذه فإن من الواجب الالتفات إلى ما يتحمله المشتري من نفقة فى النقل والذهاب إلى الأسواق والدلالة وغيرها ، فكان فى إيجاب المثل تحميل هذه التكاليف على المتعدى ، وهو أحق بالحمل عليه ، بخلاف ما لو أوجبنا قيمة التالف على المتعدى وقت إتلافه ، حيث لا ينظر فى تحميل هذه القيمة إلى تكلفة الشراء من دلالة ( سمسة ) ونقل وركوب ووقت ، وغير ذلك مما يجب اعتباره عند تقدير قيمة ما فات على المتضرر بإتلاف العين . وكلنا يعرف كم نتكلف فى شراء السلع التى نريدها من أموال وجهد ، فكان إيجاب المثل على المتعدى لإلقاء بتلكلفة شراء التالف عليه . ويجب تفسير القيمة الواجبة فى غير المثليات بما يشمل عناصر التكلفة جميعها .

(١) نيل الأوطار : ٧٠/٦ .

(٢) للبوط : ٥٠/١١ .

٤١٤ - ولا يسلم النافون لوجوب المثل بدلالة الآيات والأحاديث على القول بالوجوب . ويتيسر استظهار ما التفت إليه هؤلاء بإدراك أن المثليات التي عتبا التصوص الشرعية عام يشمل رد عين مماثلة أو قيمة هذا العين . ولا يخفى هذا المعنى على أحد ، فالقاتلون بوجوب عين المثل في المثليات يعتبرون القيمة مثلاً في المعنى ، طبقاً للتقسيم الذي ذكره السرخسي ويتردد عند غيره : ومن جهة أخرى فإن دلالة المثل الوارد في الآيات والأحاديث على القيمة يتأكد بالنظر إلى تعلق هذا الإيجاب بما ليس له مثل ، كما في الحيوان المصيد ، طبقاً لما سلفت الإشارة إليه . وكذلك فإن الروايات المتعددة لحديث أنس تدل على أن الطعام الذي وقع كان طعاماً مطبوخاً ، فليس من المثليات ، ولذا فهم بعض العلماء أن حكم النبي ﷺ برد طعام بدل الطعام الواقع وإناء بدل الإناء المكسور ( من باب المعونة والإصلاح دون بت الحكم بوجوب المثل فيه ، لأنه ليس له مثل معلوم . قال الحافظ : وفي طرق الحديث ما يدل على أن الطعامين كانا مختلفين <sup>(١)</sup> . أما العدالة المطلقة أو التامة الكاملة التي سعى القاتلون بوجوب المثل إلى تحقيقها ، بالمفهوم السابق ذكره ، فيتيسر إدراكها بتفسير القيمة الوانجية في إتلاف المثليات وغير المثليات تفسيراً يشمل ثمن العين التالفة وتلكفة شراء بديل عنها ، أو ما تحمله المتضرر في شرائها . ولا يبعد هذا عن منطق الفقهاء المسلمين بالرجوع إلى أوجه التكاليف التي تدخل عندهم في حساب قيم المبيعات في بيوع الأمانة : المراجعة والإشراك والتولية .

٤١٥ - وأرجح وجوب القيمة إذا تعذر رد العين ، بحيث تشمل هذه القيمة تكلفة الشراء أيضاً ، إلا إذا اقتضت العدالة لإيجاب رد المثل ولم يكن في إيجاب القيمة ما يحقق هذه العدالة . من ذلك أن غصب أسهم في شركة ونقل ملكيتها إلى طرف ثالث قد يؤثر على حق مالك الأسهم في انتخاب مجلس إدارة هذه الشركة وتحديد أسلوب عملها بما قد يضر بمركزه المالي ضرراً بالغاً ، ولا يستطيع جبر هذا الضرر في أخيان كثيرة بمجرد إيجاب قيمة الأسهم فيكلف المتعدي لهذا برد مثل هذه الأسهم رفعا للضرر وتحقيقاً للعدل .

(١) نيل الأوطار : ٧٧/٦ .

أما في الأحوال الأخرى التي يتيسر فيها مقابلة الضرر بالقيمة فلا بأس بإيجابها ، لأن المقصود هو رفع الضرر فيلتفت إلى ما يتحقق به . ومن الناحية العملية فإن الحكم بوجوب رد المثل على مذهب القائلين بوجوبه خاص بالمكليات والموزونات والمذروعات المحفوظة بأوصافها العامة . أما المنتجات الأخرى كالتياب والسيارات والبضائع الكهربائية فقد تلتحق بالمثليات إلا إذا تغيرت بعض أوصافها العظمى بقد أو استعمال أو تعديل فتخرج من المثليات وتلتحق بالقيميات . وإذا بنص الفقهاء على جواز أخذ المفصوب منه القيمة بدل المثل إذا رضى به الغاصب<sup>(١)</sup> فيجوز لإزامهما بالقيمة بحكم القاضي عليهما ، خاصة في أحوال اختلافهما في صفات العين القائمة بالغصب أو الإتلاف .

وإذا أوجب القاضي المثل وأداه وسعره أرخص مما كان عليه وقت الغصب أو الإتلاف لم يجب عليه شيء في مقابل فارق السعر لأدائه ما وجب عليه . والمرجوح في المذهب المالكي الرجوع إلى القيمة منعا للإضرار بالمفصوب منه<sup>(٢)</sup> .

٤١٦ - رد المثل في القانون العرفي : لا يوجب القانون الانجليزي رد المثل Specific Substitution إلا في أحوال نادرة ، ولا تلجأ الأحكام إلى القضاء به في المخترا في الظروف المعاصرة طبقا لما يراه Lawsons . وترتد القضايا التي حكمت فيها الأحكام الانجليزية برد المثل إلى ما قبل صدور قانون الإصلاح Reform Bill عام ١٨٣٢ . وقد أعادت الأحكام الأمريكية فيما يجدر الالتفات إليه الحكم برد المثل في هذه الأblem ، وخاصة في تلك الظروف التي لا يرتفع فيها الضرر بدفع القيمة . من ذلك حصول المدعى عليه بأسلوب غير مشروع على أسهم المدعى في شركة من الشركات حسبما تقدم ذكره قبل قليل . وتكاد تكون هذه هي الصورة الوحيدة التي يقضى فيها في الآونة الأخيرة بوجوب رد المثل في الأحكام الأمريكية . وترجع بعض القضايا التي أصدرت فيها الأحكام الانجليزية برد المثل إلى أوائل القرن الثامن عشر ، حيث كانت الأحكام تلزم الأمين على الأرض ،

(١) المحرر: ١٣٣/٦ .

(٢) السابق: ١٣٣/٦ .

إذا تصرف فيها بالبيع لمن لا يعرف حقيقة حيازته ويظنه مخولاً في بيعها ، بأن يشتري أرضاً أخرى تماثل تلك التي تصرف فيها في القيمة . وفي فترة لا حقة صدرت أحكام تلزم الوكلاء برد مثل ما تصرفوا فيه من الأموال المنقولة لوكلائهم بدون إذن منهم<sup>(١)</sup> .

ويتضح من هذا كله الأمران التاليان :

أولهما : الاعتراف بوجوب رد المثل على المستوى النظري التشريعي أمر لا غنى عنه ، وقد يتعين أسلوباً لرفع الضرر .  
والثاني : القضاء به في المحاكم على المستوى التطبيقي أقل بكثير من القضاء بجبر الضرر باتباع الوسائل الأخرى ، كرد العين أو دفع القيمة .

٤١٧ - وجوب القيمة وتقديرها في المثل المنقطع : تحب القيمة عند من أسماهم السرخسي بنفاة القياس إذا تعلر رد العين حسباً تقدم بيانه ، لا فرق بين ما كان من المثليات أو القيميات في ذلك . أما جمهور الفقهاء فيرون أن القيمة تحب بهذه الشروط :

(أ) أن يتعلر رد العين .

(ب) أن تكون العين الفاتنة من القيميات . وتعريف القيمي ، كما جاء في المادة ١٤٦ من العدلية : ( ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفات المعتد به في القيمة ) . ومنه الدور والأشجار والحيوانات .  
(ج) أن ينقطع المثل إذا كانت من المثليات .

وفيما يلي بيان أقوال العلماء في حكم انقطاع المثل :

مذهب الأحناف ، والشافعية ، والحنابلة ، والإمامية أن القيمة هي الواجبة إذا تعلر رد المثل بانقطاعه .

أما المالكية فقد أوجبوا في انقطاع المثل أن يصير المغصوب منه إلى حين

(١) Remedies of English Law, F. H. Lawson, P. 209-210

وجود المصوب إن كان له موسم وإبان ، وإن لم يكن له إبان أخذ قيمته التي كانت له يوم انقطاعه<sup>(١)</sup> .

وعلى الرغم من اتفاق الجمهور على وجوب القيمة عند انقطاع المثل فقد اختلفوا اختلافا كثيرا في كيفية احتساب هذه القيمة ، فذهب أبو حنيفة إلى تقديرها على أساس السعر السائد في السوق يوم الخصومة على حين ذهب أبو يوسف إلى تقديرها بالنظر لما كانت عليه يوم الغصب ، واعتبر محمد القيمة وقت الانقطاع . وجه قول محمد أن الغصب أوجب المثل على الغاصب ، والمصير إلى القيمة للتعلم ، والتعلم حصل بسبب الانقطاع ، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت . وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القذرة والقيمة عند العجز هو الغصب ، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه . وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة أن الواجب كان مثل المصوب ، وبالانقطاع عن أيدي الناس لم يبطل الواجب .. ألا ترى أن للمالك أن يختار الانتظار إلى وقت إداركه ؟.. وإذا بقي المثل واجبا بعد الانقطاع فإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة<sup>(٢)</sup> . ويوافق المالكية محمد بن الحسن في احتساب قيمة المثل المنقطع حسبا تقدم . أما الشافعية فيقدرون قيمة المصوب أو التالف بالنظر إلى أقصى قيمة بلغها من وقت الغصب إلى وقت الانقطاع ، لكونه كان مأمورا برد عين المصوب أو مثله كل لحظة إلى حين تعلم المثل وانقطاعه ، إذ النوام كالأبلاء ، طبقا للقاعدة الفقهية<sup>(٣)</sup> . وهو مذهب بعض المالكية كابن وهب وأشهب وعبد الملك<sup>(٤)</sup> . ومذهب الحنابلة في المثل إذا انقطع أن الواجب هو قيمته يوم انقطاعه<sup>(٥)</sup> . وقيل بوجوب القيمة يوم الإتلاف إن تلف بدون غصب أو يوم الغصب إن أتلفه بعد غصبه ، وهو مذهب الإمامية<sup>(٦)</sup> .

(١) حاشية الدرر : ٤٤٤/٣ ، والحري : ١٣٣/٦ .

(٢) البدع : ١٥١/٧ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٦١/٥ ، ١٦٣ .

(٤) المواقف للشافعي : ١٦٠/٣ . (٥) البدع : ١٨١/٥ . (٦) شرائع الإسلام : ٢٣٩/١ .

٤١٨ - تقدير القيمة في القيميات : إذا تعلر رد العين لتلفها أو تغير صفاتها ولم تكن من المثليات فإن الواجب هو القيمة . أما كيفية التقدير فقد اختلف العلماء في ضبطها اختلافاً بعيد المدى . وفيما يلي إجمال آرائهم :

(أ) مذهب الأحناف النظر إلى القيمة يوم الغصب أو التلف إن لم يكن غصب ، لأن الضمان يجب بالغصب إن حدث التلف بعده ، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه . ولا يتغير التقدير بعده بتغير الأسعار ، لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان . وتجب القيمة في الإتلاف دون غصب بالنظر إلى الوقت الذي حدث فيه السبب الموجب للضمان كذلك<sup>(١)</sup> . وهو مذهب المالكية والراجح من مذهب الإمامية<sup>(٢)</sup> . ويقتضى هذا المذهب عدم الضمان بتغير الأسعار .

(ب) الراجح في المذهب الحنبلّي تقدير قيمة المغصوب أو التالف بالرجوع إلى ما كان عليه وقت التلف ، لأنه هو الوقت الذي تعلر فيه رد العين وانتقل فيه الضمان إلى القيمة فتقدر بذلك . جاء في الإنصاف : ( وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده . وهذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد . قال الحارثي : وهو الصحيح والمشهور . وقال الزركشي : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب )<sup>(٣)</sup> .

(ج) أما مذهب الشافعية فالنظر فيه إلى وجوب أعلى قيمة للمغصوب من يوم غصبه إلى حين تلفه . وإذا انتقل به الغاصب إلى أماكن متفرقة وجبت أعلى قيمة للمغصوب في الأماكن التي وجد فيها<sup>(٤)</sup> . ومعناه أنه لو غصب متاعاً قيمته مائة فارتفع سعره في السوق إلى مائتين ثم انخفض يوم التلف إلى ثمانين لزمته المائتان ، لأنه كان مطالباً بالرد عند ارتفاع سعره ، فثبت في ذمته بهذه القيمة

(١) تبين الحقائق : ٢٢٢/٥ ، والمبدئية : ١٢/٤ ، والبحر الرائق : ١٢٥/٨ ، والبدائع : ١٥١/٧ .

(٢) الحرفي : ١٣٦/٦ ، وشرايع الإسلام : ٢٣٩/٣ .

(٣) الإنصاف للرداوي : ١٩٤/٦ . وانظر المبدع : ١٨٢/٥ ، وكشاف القناع : ١٠٨/٤ .

(٤) للمذهب : ٣٦٨/١ ، والجسوع للنووي : ٢٢٨/١٤ ، ونهاية المحتاج : ١١٩/٤ ، ١٢١ ، ومغنى المحتاج : ٢٨٣/٧ .

فلا يبرأ إلا برد العين أو بالوفاء بما ثبت في الذمة . ويقتضى هذا المذهب ضمان ارتفاع السعر في أحوال وجوب القيمة ، بخلاف أحوال وجوب رد العين أورد المثل فإنه لا يكلف إلا بالرد دون التفات إلى السعر . ووجه الفرق فيما يظهر بوضوح أن وجوب القيمة له تعلق بالأسعار وارتفاعها أو انخفاضها ، بخلاف الوجوب العيني أو المثل فإنه متعلق بالأشياء لا بأسعارها . ويتفق هذا المذهب للشافعية مع الرأي المرجوح عند المالكية والحنابلة والإمامية<sup>(١)</sup> .

٤١٩ - قيمة المنافع : تقدم ذكر الخلاف بين المذاهب في ضمان المنافع وترجيح ضمانها مطلقا ، سواء كانت منفعة مال أو عمل . وتقدر قيمة المنفعة مستقلة عن قيمة العين ، بحيث لا يجرى التداخل بينهما ، لأن كلا منهما قد وجب بسبب خاص به . وقد نص الحنابلة ، طبقا لما تقدم<sup>(٢)</sup> ، على أن من غصب دابة فشردت أن يرد قيمتها وأجرتها إلى حين رد القيمة . وهو قياس مذهب القائلين بضمان المنافع .

وتحسب قيمة المنفعة بالرجوع إلى أجر المثل ، كما في الإجازات الفاسدة التي يبطل فيها الأجر المسمى ، ويجب بدلا عنه أجر المثل . وفي المادة ٤٥٩ من مجلة الأحكام العدلية النص على هذا الضابط في التقدير ، ولفظها : ( لا تلزم الأجرة في الإجارة الباطلة بالاستعمال ، لكن يلزم أجر المثل إن كان مال الوقف أو اليتيم . والمجنون في حكم اليتيم ) . وأجر المثل في تعريفه الذي تضمنته المادة ٤١٤ من هذه المجلة هو : ( الأجرة التي قدرها أهل الخبرة السالمين من الغرض ) . ولا يشترط لضمان المنافع الإفادة منها أو الانتفاع بها ، فتضمن بالتفويت والقوات عند الشافعية والحنابلة حسبا تقدم . وقد تضمنت المادة ٩٧٩ من القانون المدني المصري الحكم بهذا المعنى . ولفظها : ( يكون الحائز من النية مسؤولا من وقت أن يصبح سوء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفق في إنتاج هذه الثمار ) .

(١) للرافعات : ١٦٠/٣ ، والإنصاف : ١٩٥/٦ ، وشرائع الإسلام : ٢٣٩/٣ .

(٢) ص ١٢٩ فيما سبق .

ومن حق مالك الشيء التالف أن يطالب المتعدى بقيمته وأجرته من وقت تلفه إلى وقت دفع القيمة ، حيث يتمكن بعدها من شراء بديل لهذا الشيء فينتهي وجوب دفع الأجرة حيثئلا .

٤٢٠ - أرش النقصان : ترجع فيما تقدم وجوب إلقاء المسؤولية عن النقصان بأنواعه المختلفة على المتسبب فيه ، سواء رجع هذا النقصان إلى تراجع السعر وانخفاض القيم أو إلى فوات الجزء أو الصفة أو إلى فوات معنى مرغوب فيه<sup>(١)</sup> . وهذا هو التلف الجزئي الذي يجب به أرش النقصان . يقول الكاساني : ( هلاك كل المنصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا أن ضمان الغصب ضمان جبر الفئات فيقدر بقدر الفوات )<sup>(٢)</sup> . وفي مختصر الطحاوي أنه ( إذا نقص المنصوب عند الغاصب في يديه فعلى الغاصب ضمان قيمة نقصانه للمنصوب منه بردها مع المنصوب على المنصوب منه )<sup>(٣)</sup> . وفي المادة ٩١٧ من مجلة الأحكام العدلية أنه ( لو أضرأ أحد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة ) . وكيفية حساب أرش النقصان أن يقوم الشيء سليما قبل طرؤ هذا النقصان ثم يقوم بعده ، ويكون الفارق بينهما هو الأرش . ولهذا لو جار على أرض جاره وضم بضعة أمتار في مبناه فإن الواجب عليه هو دفع قيمة هذه الأمتار أولا ، ثم ينظر فيما نقصه انسلاخ هذه الأمتار من نقصان على أرض الجار بأن تقوم مع هذه الأمتار وبلونها فإن كان الفارق أكبر من قيمة هذه الأمتار اعتبر هذا نقصانا ولزم الجائر قيمة النقصان الذي نشأ بفعله . وكلنا لو ( غصب ثوبا ) تنقص قيمته بالقطع فشقه نصفين ، ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر مما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ، ورد الباقي وأرش ما نقص . لأنه نقص حدث بسبب تعديه فضمنه . فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما نقصان قيمة الباقي درهمين .. تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ، ونقص قيمة الآخر بسبب تعديه فلزمه ضمانه<sup>(٤)</sup> . وهكذا لا

(١) مختصر الطحاوي : ص ١١٧ .

(٢) المجموع للنوري : ٢٤٢/١٤ .

(٣) ص ١٢٤ وما بعدها فيما سبق .

(٤) بدائع الصنائع : ١٥٥/٧ .

يتداخل أرش النقصان مع أرش التالف ، كما لا يتداخل أرش التالف مع قيمة المنافع التي يجب اعتبارها في تقدير الجوارير .

٤٢١ - تقدير القيمة في القانون الانجليزي وما تشمله : لا يوجب القانون الانجليزي رد الأعيان Specific Recovery من حيث المبدأ لأسباب تاريخية وعملية رغم مجافاة ذلك لقواعد العدالة ، فإن اليد العادية ينبغي ألا تفيد ملكا ، كما أن هذا القانون لا يوجب رد المثل Specific Substitution إلا في أحوال نادرة طبقا لما تقدم ، وإنما يوجب بدلا من ذلك دفع القيمة . ويترتب على دفع القيمة انتقال الملك إلى الغاصب<sup>(١)</sup> للأسباب التي استند عليها علماء المذهب الحنفى من قبل . أما بالنسبة للوقت الذي تحسب قيمة التالف بالرجوع إليه فإن القاعدة العامة في القانون العرفي أن تحسب القيمة بالنظر إلى ما كانت عليه يوم الغصب<sup>(٢)</sup> . ويصير الأمر بهذا وكأن المدعى عليه قد أجبر المدعى على بيع ملكه بسعره يوم غصبه له . ولا يخفى أن التقدير على هذا النحو سيكون مقيلا للمدعى إذا انخفض السعر في هذا التاريخ عما كان عليه وقت المحاكمة ، كما أنه سيضر به إذا ارتفع السعر عما كان عليه في هذا التاريخ . ولما بهذا التقدير على هذا النحو مجافيا للعدالة اتجهت المحاكم إلى إبداء استعنادها لتقدير القيمة بالنظر إلى وقت المطالبة إذا كان ذلك أفضل للمدعى . لكن محاكم نيويورك قد فضلت مؤخرا متابعة وجهة نظر تيم في رأى Lawson عن ذكاء وخبرة ، وذلك بإيجاب أقصى قيمة<sup>(٣)</sup> من وقت تلفه أو غصبه إلى حين معرفة التلف أو الغصب والمطالبة بالرجوع<sup>(٤)</sup> .

وينشئ المدون على منافع الأموال من العقارات والمنقولات الحق للمدعى في التعويض عن فواتها ، ولو أنه لم يمكن في حاجة إلى الانتفاع بها . ويستشعر البعض صعوبة صياغة ضابط لتقدير التعويض عن فوات المنافع . وإنما تقدر المحاكم هذا التعويض بالنظر إلى قيمة أجرة مثل<sup>(٥)</sup> العين التي فادت منافعها ، أو ما كانت

(١) Remedies of English Law F. H. Lawson P. 124

(٢) The date of the Conversion

(٣) The highest replacement value

(٤) Remedies of English Law, P. 125

(٥) The cost of hiring substitute

تدره هذه العين من ربح فترة تعطيلها إذا كانت من الأشياء المغلة للكسب أو الربح كسيارات الأجرة والجرارات الزراعية . ويوجب الاستيلاء على الأرض الزراعية فترة مناسبة لاستغلال أجرة مثلها في هذه الفترة . فضلا عن التعويض عن الأضرار الأخرى التي تنسب إلى هذا الفعل ، كاتهاء موسم زراعتها بالمحاصيل المهددة أو إجهادها ونقصها<sup>(١)</sup> .

أما في التلف الجزئي فليفت إلى أن المدعى قد يفضل المطالبة بتكلفة الإصلاح أو الاستبدال . لكن الواجب ألا يجبر الضرر الواحد أكثر من مرة . ولذا لجأت المحاكم إلى تقدير التعويض في التلف الجزئي للأراضي والمباني بتقدير قيمتها قبل التعدي وبعده لإلقاء قيمة النقصان على المتعدي . وقد رُئي أن هذا الأسلوب في تقدير الواجب أولى من تقديره بالنظر إلى قيمة الإصلاح Cost of Repair أما في السفن فقد كان الأمر محيرا إلى حد كبير ، حتى غلب الاتجاه إلى إيجاب قيمة الإصلاح ، باعتبار أن ذلك هو الطريق العمل الأمثل لمعرفة النقص في القيمة . وقد لوحظ ارتفاع قيمة الشيء كالسفينة أو المبنى بعد الإصلاح فرُئي أن تفرض قيمة الإصلاح بخسوما منها ما زاده الإصلاح في قيمتها حتى لا يرى المتضرر على حساب المتعدي<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ F. H. Lawson أن أكثر هذه الضوابط المتعلقة بتقدير التعويض في المباني والعقارات والسفن وما يماثلها من الأموال لم تظهر قبل القرن التاسع عشر<sup>(٣)</sup> . وإذا كانت هذه الملاحظة صحيحة من الوجهة التاريخية فإن هناك احتمالا أن يكون الفقه الإسلامي هو مصدر هذه الضوابط التي عرفها هذا الفقه منذ بداية تطوره . ولا يتيسر استبعاد هذا الاحتمال لسببين :

أولهما : التشابه في الصياغة ، كما في ضابط أقصى القيم من حين الغصب

(١) السابق : ص ١٢١ .

(٢) السابق : ص ١٢٠ .

(٣) السابق : ص ١٢٠ .

أو التلف إلى وقت الحكم أو الدعوى ، وكما في تحديد أرض النقصان بالنظر إلى الفرق بين قيمة الشيء معييا وسليما .

والثاني : ترجمة كتاب على الأقل من كل مذهب من المذاهب الفقهية الخمسة إلى اللغة الانجليزية في أواخر القرن الثامن عشر وفي القرن التاسع عشر ، حسبما أوضحته في بحث مستقل<sup>(١)</sup> ، مما يعكس وجود نقطة كان الهدف منها هو التعرف على اتجاهات الفقه الإسلامي ومبادئه وتقديمها لمن يهمهم الأمر .

---

(٢) تأثير الفقه الإسلامي في القانون الإنجليزي المؤلف ، بحث منشور في العدد الثالث من مجلة دراسات عربية وإسلامية عام ١٩٨٥ .

### المبحث الثالث : الجوابر الخاصة

٤٢٢ - تقديم : تعين جوابر الضرر في الشريعة بالنظر إلى طبيعة الضرر من جهة وإلى مناسبة الجابر للمقصود منه وهو رفع الضرر ، طبقاً للشعور السليم بالعدالة والقواعد الشرعية المتعلقة بالموازنة بين مصالح المدعى والمدعى عليه . وإذا كان رفع الضرر يعني اتخاذ الإجراءات المناسبة للعودة للمتضرر إلى الحال التي كان عليها قبل وقوع الضرر ما أمكن ، وخاصة في الأضرار المالية ، فإن المتوقع أن يتناسب الجابر الذي يقرره القاضى مع الضرر ، شفاء لنفس المتضرر ورفعاً لما عاناه . ومن المنطوق أن تتنوع الجوابر التي يجوز فرضها لتتوزع الضرر وأن تشمل هذه الجوابر المالية السابقة ورد العين أو المثل ، كما تشمل مجرد الاعتذار للمدعى على نحو ينهل ما علق بنفسه ، أو إصلاح ما عيبه ، أو الامتناع عن فعل يلحق الضرر بغيره كإثارة الدخان ( كور حداد ) أو إثارة الغبار والأتربة من التربة في جرين يواجه بيوت الناس ، وكالرغبة في تعلية البناء بما يمنع الضوء والشمس عن الغير ، واتخاذ مجلس يواجه باب دار الغير . ولم يواجه الفقهاء المسلمون هذه الأضرار المتنوعة بجوابر أقل تنوعاً ، ولنا وجدناهم يفرضون الجوابر المالية في الأضرار التي يمكن مقابلتها بالنقود ويتحقق رفعها بذلك . ومنها الديات والأروش والقيم ورد المثل وأرض النقصان وتكلفة الإصلاح وأجرة النقل وما إلى ذلك . أما الأضرار الأخرى التي لا تقابل بالنقود ولا ترفع بفرضها فيجب الالتفات إلى أن الفقهاء المسلمين قد أوجبوا جبرها بتكليف المدعى عليه بإتيان فعل أو بالامتناع عن فعل له تعلق بحلوث الضرر . ويجب أن نقرأ ما يقولونه عن منع المرأة من اتخاذ ما يضر بجاره ، أو منع الحلداد من اتخاذ دكان في سوق البزازين أو المنع من بناء ميزاب يطل على الشارع على أنهم كانوا يقدمون بهذا أحد الجوابر الهامة في رفع الضرر .

٤٢٣ - وتوضح في هذا الإطار الأهمية التي أولاهها الفقه الإسلامى لرد

العين أو رد المثل باعتبارهما وسيلتين كفيلتين برفع الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث التعدي. وبشبه الإلزام يرد العين ورد المثل في ضمان التعدي الجبر على تنفيذ العقد وتسليم العقود عليه في ضمان العقد من حيث الأمور التالية :

(أ) الاستجابة لرغبة المدعى في رفع الضرر بالطريقة التي يتوقعها في الغالب . والمتوقع أن يرضى من طرد من أرضه بردها إليه . وإذا تضرر أحد برفض المدعى عليه تنفيذ العقد فالمعهود أن يرضى إذا أجبر الطرف الآخر على تنفيذ التزامه العقدى .

(ب) اقتضاء إشراف المحكمة أو القاضي على التنفيذ بالوسائل التي تتبعها في جبر المدين بالحبس أو الغرامة . ولا يخفى أن مجرد صدور أمر المحكمة لا يستلزم التنفيذ ، كما أن من العسر إجبار أى أحد على فعل ما لا يريد . ويجب لهذا ألا تهى المحكمة النظر في القضية بمجرد صدور القرار ، وعليها أن تتأكد من التنفيذ عن طريق موظفيها ، وإلا عاقبت المدعى عليه بعقوبة الحبس أو الغرامة أو غيرهما من العقوبات الشرعية ، قلئ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته كما جاء في الحديث .

(ج) لا يمنع التنفيذ الجبرى ولا رد العين حق المدعى في المطالبة بالتعويض المالى عن الأضرار التي لحقت به بقل المدعى عليه .

٤٢٤ - وأناقش فيما يلى بعض أنواع الجواهر الخاصة من الوجهة الفقهية ، لأهميتها في توضيح النظرة العامة للجواهر عند الفقهاء وهى :

(أ) الحكم المانع من الفعل ، وهو الذى يلزم المدعى عليه بالكف عن التصرف الضار بالمدعى .

(ب) الحكم الموجب للتصرف على نحو يرفع الضرر عن المدعى .

(ج) الحكم الإرشادى الذى لا يوجب على المدعى عليه أن يسلك سلوكا

معينا ، وإنما يكفى القاضي بتوضيح موقف الخصوم بما يعين على توضيح حقوق كل منهم وواجباته وإنهاء النزاع بينهم .

وتشير المادة ١٧١ من القانون الملقى المصرى إلى أن التعويض التقديرى

هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وإن جاز للقاضي أن يحكم بأداء أمر معين على سبيل التعويض بما من شأنه أن يساعد على رفع الضرر . وهذا هو المعنى الذي نصت عليه الفقرة الثانية من هذه المادة . ولفظها : ( يقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ) .

وما تعبر عنه هذه المادة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين هو التنفيذ العيني الذي يقابل التعويض النقدي . وإذا كان التنفيذ العيني يأتي في مرتبة لاحقة للتنفيذ النقدي أو التعويض المالي في القوانين الحديثة ، ومن بينها القانون المدني المصري ، فإن الأمر على العكس من ذلك تماماً في الفقه الإسلامي ، حيث يحل التنفيذ العيني : أو ما يطلق عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أداء أمر معين لرفع الضرر ، المكانة المتقدمة في الفقه ، أما التنفيذ النقدي فيحتل المرتبة التالية عند اجتماعهما . ولذا يلزم الفقهاء برد العين ، ويبرأ الخائن لها على خلاف إذن مالكيها بردها له دون اشتراط رضاه بهذا الرد أو طلبه ذلك ، لأنه هو الواجب الأصلي بالتعويض الفقهى . ولا يخفى أن هذا هو المنطق والعدل ، طبقاً لما اعترف به عدد من القانونيين .

٤٢٥ - ويرجع تقدم القوانين الغربية للتنفيذ النقدي على التنفيذ العيني إلى الجذور التاريخية لهذه القوانين ، فقد كانت المحاكم الرومانية وخاصة في الفترة الكلاسيكية تفضل تغريم الطرف الممتنع عن تنفيذ العقد مقدراً من النقود حتى تستطيع التنفيذ عليه في الحال بأخذ هذا المقدار منه ولا تضطر إلى متابعة ما يحدث بعد ذلك . وقد تبعت المحاكم الانجليزية الأسلوب نفسه لانفصالها عن جهات تنفيذ الأحكام التي كان يتولاها من أطلق عليهم Sheriffs . وقد تأخر لذلك الاهتمام بالتنفيذ العيني واعتباره الواجب الأصلي في أحوال الامتناع عن تنفيذ العقد أو مخالفة الواجب القانوني إلى ما بعد ظهور بحاكم العدالة في القرن التاسع عشر<sup>(١)</sup> . وهكذا احتل التنفيذ النقدي ( التعويض المالي ) مرتبة متقدمة في النظر

(١) Remedies in English Law , Lawson, P. 211 .

القانوني لأنه الأيسر في التطبيق وليس لأنه الأقرب للعدل . وكان يبرر التمسك بهذا الترتيب في الماضي ضعف السلطات التنفيذية وضمور التعاون بينها وبين الهيئات القضائية . أما الآن فلا يبرره سوى تقليد ما كان عند الرومان في الفترة القديمة .

٤٢٦ - المنع عن الفعل في الفقه الإسلامي : قد يكون إلزام المحكمة المدعى عليه بالامتناع عن الفعل المنشوء للضرر هو السبيل الوحيد لدفع هذا الضرر وإزالته . فمن يريد حفر بئر في الطريق العام أو يوقف سيارات عملائه لإصلاحها أو يشغل جانباً منه بمبعلاته يضر بالمارين في الطريق ضرراً بالغاً ، لا يرفعهم أن ينزل لهم عن قدر من أمواله . وإنما الذي يدفع هذا الضرر أن تلزمه المحكمة بالامتناع عن هذه الأفعال الموجبة للضرر .

وإنما يصدر القاضي حكمه بالتوقف عن الفعل الموجب للضرر إذا كان هذا الفعل متجدد الحدوث ويستمر وجوده زمناً . أما ما يحدث من الأضرار على سبيل الإهمال وعدم القصد فلا يمكن استصدار حكم من القاضي بوقفه وعدم الوقوع فيه . كما لا يخفى . ولا يلزم لاستصدار حكم بالمنع عن الفعل أن يقع الضرر بالمدعى ، فالقاعدة أن يدفع الضرر قدر الإمكان .

وقد يختلط طلب الكف بطلب الفعل ، كأن يحول داره إلى مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب أو حمام فيؤمر بوقف العمل في هذا كله . وبإزالة ما بدأه . وتوضح فائدة الأوامر بالكف عن الفعل في رفع الضرر وتحويل الفقهاء عليها بملاحظة الأحكام الفقهية التالية :

( أ ) يمنع المستأجر من الاستفادة بالمأجور عند مضي مدة الإجازة ، ففي المادة ٥٩١ من مجلة الأحكام العدلية أنه ( يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجازة ) . وفي المادة ١٢١٠ من المجلة نفسها أن ( أحد شريكي الحائط ليس له أن يعليه ولا أن يركب عليه .. بدون إذن الآخر ، سواء كان ما يفعله مضراً بالآخر أو لا . لكن إذا أراد أحدهما بناء بيت في عرصته فله أن يضع رؤوس جلوعه . لكن إن وضع عشر أخشاب كان لشريكه أيضاً حق أن يضع قدرها .. وإن كان على ذلك الحائط ركوب لهما على التساوى وأراد أحدهما أن يزيد في أخشابه فلاآخر منعه ) .

- في المادة ١٢١٢ من المجلة نفسها أنه ( إذا كان لشخص بحر ماء حلو وأراد جباره أن يبنى في قربه كنيها أو سياقا ملحا ، وكان ذلك يفسد ماء البحر فإن ضرره يدفع . وإن كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه ما فذلك الكيف ، أو السياق يردم . كذلك إذا كان طريق ماء حلو قبني آخر عنده سياقا ملحا وقلره يضر بالماء الحلو بضررا فاحشا ولم يمكن دفع ضرره إلا بالردم فإنه يردم ) .  
- في المادة ١٢١٣ من المجلة أيضا أنه ( إذا كان على طرق الطريق لأحد داران ، فإن أراد إنشاء جسر من واحدة إلى أخرى يمنع . ولا يهدم بعد إنشائه إن لم يكن فيه ضرر على المارين . لكن لا يكون لأحد حق قرار في الجسر والبروز على الطريق العام . فإذا تهدم الجسر المبنى على الطريق العام على الوجه المسطور فأراد صاحبه إعادته يمنع ) .

- في المادة ١٢٦٨ من المجلة المذكورة أنه ( يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متابع الورد ، سواء كان حوضا أو بئرا أو نهرا أن يمنع طالبه من الدخول في ملكه . لكن إذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فيجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب أو إعطائه للرخصة بالدخول وأخذ الماء لكن بشرط السلامة . يعني أن عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض أو البئر أو النهر ) .  
- وفي المادة ١٣٢٣ من المجلة أنه ( إذا طالب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وأبى البعض ، ينظر إن كان النهر عاما يجبر الآبى على الكرى منع البقية بالاشتراك .. وإن كان النهر خاصا فالمطالبون يكررون ذلك النهر بإذن الحاكم ويمنعون الممتنع من الانتفاع بالنهر حتى يؤدي مقلدا ما أصاب حصته من المصروف ) .

- وفي التبصرة ( إذا أحدث الأنذر<sup>(١)</sup> إلى جانب الجنان فأضر بها منع محدثه من ذلك . وعن مطرف : إذا كان الأنذر قديما والكرم محدثا فإنه لا يمنع صاحب الأنذر الانتفاع بالأنذر ، لأن صاحب الكرم أقدم على علم بما يصيبه من الضرر . وفي مختصر الواضحة أنه لو كانت عرصة ليس فيها كرم . كان لربها منع صاحب الأنذر من وقوع التبن في أرضه . وفي وثائق الجزيري أن لإحداث الأنذر

(١) مكان يمدد التبن للناس الحصول وتلذذه وهو الجزير .

جوار الدار أو الجنة يؤدي ما تطاير منه عند الضرر ويمنع باتفاق . وكذلك ما يضر بالجداريات مثل الأرحية والكنف (١) . والمنع إنما هو للضرر أو للتصرف في ملك الغير .

- وفي التبصرة أن ( إحداث الميزاب لماء المطر يصب في دار الجار فذلك ممنوع ، سواء أضر بجاره أو لم يضر إلا أن يأذن له في ذلك ) (٢) ، فاعتبر الحق في المنع بمجرد التصرف في ملك الغير .

- وفي التبصرة نقل قول ابن عتاب : ( تنازع الشيوخ ببلدنا قديما وحديثا في الرجل يجعل في داره أو في شبه ذلك ماله دوى وصوت يستضر به الجار مثل الحداد وشبهه فقال بعضهم ممنوع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار . وقال بعضهم لا يمنع منه . وقال ابن سنييد الذي اتفق عليه شيوخنا أن يمنع العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار (٣) . والتنازع في اعتبار الإزعاج بالصوت إضرارًا أولًا .

- لكن لا يمنع الفعل إذا كان لدفع الضرر عن الملك دون إضرار بالغير ؛ ففي التبصرة أن ( من أراد أن يطرد داخل داره ، أي يطيقه ، وجاره حائط فيها فممنوع من ذلك لم يمكن له ذلك ، لأن له فيه منفعة ولا مضرة على جاره . ومنه الحديث لا ضرر ولا ضرار .. فإن أراد طرد حائطه ( أي تطيقه ) من جهة جاره فإنه ينظر ، فإن كان الحائط يحتاج إلى الطرد كان له أن يطرده ، وإلا فله منه . وقيل ليس له ذلك ، لأن الطرد يقع في هواء جاره إلا أن ينحت من طرده ما يوقع عوضه من الطرد الجديد ، لأنه قد يتكرر الطرد بغير حاجة حتى يغلف الطرد فينقص غلظه من ضوء صحن دار جاره ) (٤) .

- وفي التبصرة أيضا أنه ( يمنع الرجل من إحداث اصطبل للواب عند باب جاره ، بسبب بولها وزيلها وحركتها ليلا ونهارا ومنعها الناس من النوم . وكذلك الطاحون وكبر الحداد وشبهه ) (٥) .

(١) تبصرة الحكم بهامش فتح المل للالك : ٣٦٢/٢ .

(٤) السابق : ٣٧١/٢ .

(٢) السابق : ٣٦٥/٢ .

(٥) السابق : ٣٦٣/٢ .

(٣) السابق : ١٠/٢ .

## ٤٢٧ - ترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية :

(أ) المنع حكم شرعى قضى به القضاة والمفتون والفقهاء عند قيام سببه قصدا إلى دفع الضرر قبل وقوعه أو إلى رفعه بعد وقوعه بمنع الاستمرار فيه .  
(ب) السبب المنشئ لحق المنع هو السلوك مسلكا ضارا بالغير أو مجرد الافتيات على حق من حقوقه ؛ فالتنرية في البيدر المعد لذلك لا يمنع منها إلا إذا أضرت بالجيران ، وكان اتخاذ البيدر أحدث من إقامة الدور إلى جواره ، في رأى المذهب المالكي . أما إذا كانت الدور أحدث فمعناه أن أصحابها رضوا بالضرر الناشئ عن التنرية فلا يطالبون بالمنع منها . ولم يشترط أصحاب الرأى المذكور في مختصر الواضحة الإضرار بأحد للمنع من التنرية ، واعتبروا تطهير النهر ووقوعه في أرض الغير أو مروره في هوائها نوعا من التصرف في حقوق الغير ، وهو ما لا يجوز إلا بإذنه . ويستلزم التوقف على الإذن جواز وقف هذا الإذن والرجوع فيه . ويتخرج على هذا الرأى الحكم في كثير من أسباب الإزعاج والوضياء وتلوث البيئة في ظروف الحياة المعاصرة .

(ج) لا حق في المطالبة بالمنع من التصرف إذا لم ينشأ أى من السببين المذكورين . ولذا فإنه ( إذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور والعبور )<sup>(١)</sup> . ولا تنفسخ المزارعة بوفاة صاحب الأرض قبل أن يترك الزرع وينضج ، ويلوم الفلاح على العمل إلى وقت الحصاد ) ، ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه . وإذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ، وإن شاء داوم على العمل إلى أن يترك الزرع . ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه<sup>(٢)</sup> . والأمر في المساقاة كذلك ، فلو ( مات صاحب الأشجار والثمرة فجأة فيلوم العامل على العمل إلى أن تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه . وإذا مات العامل فوارثه يكون قائما مقامه . فإن شاء داوم على العمل ولا يسوغ لصاحب الأشجار منعه )<sup>(٣)</sup> .

(١) المادة : ١٢٢٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) المادة : ١٤٤٠ من مجلة المذكورة .

(٣) المادة : ١٤٤٨ من مجلة المذكورة .

(د) لا تحظى الفوائد العملية المتعلقة بالحكم بالمنع من التصرف في مواجهة الأضرار ، حتى لا يصلح في كثير من الأمثلة السابقة إحلال أى أسلوب آخر في رفع الضرر محله . وقد اعتبر الشرع هذا الأسلوب في أحوال كثيرة ، من بينها الحكم بالحجر على الصبي ومنع المفلس من التصرف في أمواله حتى لا يضر بقرائمه . وقد تخرج على ذلك الحكم بالحجر على الطبيب الجاهل والمفتى الماجن والمكاري المفلس والسفيه<sup>(٤)</sup> .

ويدل هذا كله على وجوب الالتفات إلى الفوائد العملية لجبر الضرر بالمنع من الفعل المعتبر تعدياً في ذاته أو لما يؤول إليه وهو الضرر .

٤٢٨ - **النهي عن الفعل Prohibitory Injunction في القانون** الإنجليزي : يتعلق هذا النهى بفعل يتكرر وقوعه ويوجب المسؤولية لكونه فعلاً ضاراً أو منسوباً إلى التعدي . وقد تتوقف المحكمة في إصدار قرارها بالمنع من الفعل إذا كان الضرر قليلاً ، غير أن قلة الضرر لا تدفع المسؤولية من الناحية النظرية ، وإنما جاء ذلك من جهة أن مقدار التعويض سيكون قليلاً ، ويستطيع المدعى عليه في معظم الأحيان أن يعلوّد دفع التعويض كلما حكمت المحكمة بالنهي عن الفعل . ولذا تتجنب المحاكم الحكم بذلك إذا كان الضرر قليلاً ويمكن احتجاله سلباً لباب النزاع .

ويتسع تطبيق هذا النوع من المنع عن الأفعال في القانون الإنجليزي فيشمل التعهد بالامتناع عن أفعال معينة في الاتفاقيات التعاقدية . من ذلك أن يتفق طبيب مع إدارة أحد المستشفيات على العمل فيه دون غيره مدة العقد نظير أجر معين . ولإدارة المستشفى أن ترفع الأمر إلى القضاء لكف الطبيب عن العمل في مستشفيات أخرى إذا خالف الشرط الذي وافق عليه بكامل حرته . وفي قضية مماثلة منع القاضى المدعى عليها من مخالفة مثل هذا الشرط ، وأصدر حكمه هذا مبيناً أنه حقيقة لا يملك الوسائل لإرغامها على العمل وفق الشرط ، لكنه يرى أن لا حق لها في الشكوى إذا أرغمها على التوقف عن العمل الذي تعهدت

(١) غير من البصار ١٢١/٨٠٠ .

هى بتجنبه طيلة فترة العقد<sup>(١)</sup> . وقد ظل هذا الحكم موضع الانتقاد والهجوم مما صرف الأذهان عن الترخيص عليه . واعتقد البعض أن في إصدار المحاكم لمثل هذه الأحكام تعطيلاً لمقصد الحرية الشخصية<sup>(٢)</sup> .

وعلى سبيل المقارنة فإن القاعدة في الفقه الإسلامى أن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أجلى محرماً أو حراماً . ويقوم مفهوم الأجير الخاص على الالتزام بالتوفر على العمل للأجر وحده . ولا يدخل في نطاق هذا البحث تحقيق هذه المسألة من الوجهة الفقهية .

٤٢٩ - الأمر بأداء أفعال معينة : قال الإمام الجوينى : ( الأمر أسهل من النهى ) وفى هذا المعنى يقول الإمام أحمد بن حنبل : ( ما أمر به النبى ﷺ عندي أسهل مما نهى عنه )<sup>(٣)</sup> . ولهذا القول تفسيرات كثيرة ، لكن يظهر لى أن الأقرب إلى المقصود فى هذا المقام أن السهولة فى الأمر جاءت من جهة أن تنفيذه يقتضى صرف الهمة إلى الفعل المأمور به وأدائه فى وقت واحد ، بخلاف النهى الذى يقتضى متابعة دائمة أو غالبة للتأكد من عدم الوقوع فى الفعل . والفرق أن النهى يخرج بالفعل ولو مرة واحدة على حين أن الأمر يتحقق أداؤه بالامتثال فى فترة محددة .

ويعنى الأمر بأداء أفعال معينة من جهة كونه جابراً للضرر أن يلزم القاضى المتعدي بالتصرف على نحو معين لرفع ما تسبب فيه من إلحاق الضرر بغيره . وهو يشبه الجبر فى تنفيذ العقد إلا أنه لا يسبق بعقد ، بل يتعدى يلحق الضرر بالغير . ولعل من أوضح منوره أن يحوز أحد عقار غيره بغير حق ويتصرف فيه بوجه من الوجوه كأن يحفر فيه حفراً أو يضع فيه أشياءه أو يثبت فيه أدوات أو مهمات فيؤمر بردم هذه الحفرة وتسويتها كما كانت أو يؤمر بإخلاله من الأشياء التى وضعا فيه . وفيما يلى عدد من النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الجابر :

(١) انظر قضية Lumley v. Wagner (١٨٥٢) فى ص ١٨١ من Remedies of English Law .

(٢) السابق : ص ١٨٢ .

(٣) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام : ص ١٩١ .

(أ) أخذ من أرض إنسان ترابا ، قالوا إن كان لذلك التراب قيمة في ذلك الموضع يضمن يضمن قيمة التراب ، سواء تمكن به النقصان بالأرض أو لم يتمكن . وإن لم يكن للتراب قيمة في ذلك الموضع ينظر إن انتقصت به الأرض ضمن النقصان وإلا فلا . ولا يؤمر بالكبس . وقال بعضهم يؤمر بذلك <sup>(١)</sup> . وإنما لم يجمع لإيجاب أرض النقصان مع قيمة التراب المسبب للنقصان ، حتى لا يزودج الضمان . والخلاف في الأمر بكبس الأرض للتردد في اعتباره من الضرر .

(حفر بئرا في أرض غيره ضمن النقصان . وقال بعضهم : يؤمر بكبس لا بنقصان . ولو هدم جدار غيره لم يجبر على بناؤه ، فيخير المالك إن شاء ضمنه قيمته والنقص للضامن أو أخذ النقص وقيمة النقصان . وقال بعضهم : لو كان قديما لا يؤمر بالإعادة بولو جديدا يؤمر <sup>(٢)</sup> . والتفريق بين الجدار القديم والجديد في الأمر بالإعادة منه العمل على ألا يأخذ المتضرر شيئا فوق حقه .

- ( هدم بيته ولم يبن والجيران يتضررون بذلك كان لهم جبره على البناء إذا كان قادرا . واختار ليس لهم ذلك ) <sup>(٣)</sup> .

- ( حائط مشترك بين رجلين وهى ، ويخاف ضرر بسقوطه ، فأراد أحدهما النقص وامتنع الآخر ، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : يجبر على نقضه ) <sup>(٤)</sup> .

- ( إذا أحدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله أن يكلفه رفعه للضرر الفاحش . ولا يقال الضياء من الباب كاف ، لأن باب البيت يحتاج إلى غلقه للبرد وغيره من الأسباب . وإن كان لهذا المحل شباك كان فسدا أحدهما بإحداث ذلك البناء فلا يعد ضررا فاحشا ) <sup>(٥)</sup> .

(١) جمع الضمانات : ص ١٢٧ .

(٢) السابق : ص ٢٢٨ .

(٣) لسان المحكم : ص ٤١٠ .

(٤) السابق .

(٥) ملادة : ١٢٠١ من مجلة الأحكام المدلية .

- ( رؤية المحل الذى هو مقر النساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضررا فاحشا ، فإذا أحدث رجل فى داره شبكا أو بناء مجددا وجعل له شبكا مطلا على المحل الذى هو مقر نساء جاره الملاصق أو الفاصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر ، ويصير ذلك الرجل مجبورا على دفع الضرر بصورة تمنع وقوع النظر إما ببناء حائط أو وضع طيلة . لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية ، كما إذا عمل سائرا من الأغصان التى يرى من بينها مقر نساء جاره فإنه يؤمر بهسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه )<sup>(١)</sup> .

- إذا كان لواحد شبك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال أنه يضع سلما وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار )<sup>(٢)</sup> .

- ( ترفع الأشياء المضرة للمارين ضررا فاحشا ، ولو قديمة ، كالغرفة والبروز على الطريق العام الدائنين الواطين )<sup>(٣)</sup> .

- ومن جنسه الأمر بتعجير المسيل والمصرف المشترك والنهر المشترك ، وأمر صاحب السفلى بالبناء حتى يقيم صاحب العلو بناءه )<sup>(٤)</sup> .

- إذا كانت ( خربة لرجل بين دور فيها الزبل ولا يُلترى من يلقيه ، فقام جاره .. وأمره بتقيتها ، فقال له هو من جيرانى ، وأنا أشتكى ذلك ، وثبت الإضرار بالجار فإنه لا يجبر صاحبها على تقيتها )<sup>(٥)</sup> . ويؤخذ الأقرب فالأقرب من الجيران بوجود الكنس ، لأن الأغلب أنهم هم الذين يلقون فيها طبقا لما روى عن بعض فقهاء المالكية<sup>(٦)</sup> .

- ( لو غصب ساحة ، أى خشية ، وأدخلها فى بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر بملكها صاحبه بالقيمة . وإن كانت قيمتها ( أى الأرض ) أكثر من قيمته لم ينقطع حق المالك عنها . ومنها لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعها .. وردت وإلا ضمن له قيمتها )<sup>(٧)</sup> .

(٥) تبصرة المحكم : ٣٧١/٢ .

(٦) السابق .

(٧) عمر حون البصار : ١٢٢/١ .

(١) للامدة : ١٢٠٢ من المجلة المذكورة .

(٢) للامدة : ١٢٠٣ من المجلة المدلىة .

(٣) للامدة : ١٢١٤ من المجلة المدلىة .

(٤) للامدة : ١٢٣٠ ، ١٣١٨ ، ١٣١٥ ، ١٣٢٣ ، ٣٢٤ من المجلة المدلىة .

٤٣٠ - وفي هذه النصوص ما يرشد إلى المعاني التالية :

(أ) الإلزام بأداء أفعال معينة من بين الوسائل المعتبرة شرعا لرفع الضرر الواقع بالفعل أو الذى يستمر ويتجدد فى المستقبل .

(ب) لا تلزم المحكمة المدعى عليه بفعل غير واجب عليه . وإنما يجب الفعل إذا قام سببه ، وهو التسبب فى الإضرار بالغير أو عدم أداء ما أوجبه الشارع كالتفقة على الملك الخاص أو المشترك . أما إذا لم يجب الفعل عليه لتعلقه بغيره ، كما فى مثال الحربة ، فإنه لا يؤمر به .

(ج) يستلزم الأمر الإيجابى بأداء فعل معين تحمل بعض النفقات بخلاف المنع عن الفعل الذى يغلب ألا يستلزم مثل هذه النفقات ، فالحكم بطم البئر وردمه غير الحكم بمنع حفره .

(د) لا يؤمر المدعى عليه بفعل يزيد إضراره به عن المصلحة التى تلحق بالمدعى ، كما فى مسألة الساجة ، أو البناء على الأرض والغرس فيها ، طبقا للمذهب الخفى فالقاعدة ألا يزال الضرر بمثله ولا بما هو أكثر منه . وتحتسب النفقات التى يتحملها المدعى عليه فى الموازنة بين الضرر الذى يلحق به وبين الضرر الذى يلحق بالمدعى . ولا ينازع الجمهور فى وجوب دفع أهون الضررين لاستناد هذه المصلحة إلى استقراء لكثير من الأحكام الشرعية ، لكنهم أصروا على تطبيق قاعدة ألا يكافأ المعتدى بمداواه حسبما اتضح فى مناسباته من هذا البحث .

(هـ) يظهر لى أن على القاضى أن يطبق مذهب الأحناف فى الموازنة بين مصلحة المدعى والمدعى عليه إذا تبين حسن نية فى الإقدام على فعله ، أما إذا تبين سوء نية فيجب أن يعامل بتقيض مقصوده ، قياسا على عدم توريث القاتل أو الموصى له ، وهو ما ثبت بمحدث النى <sup>(١)</sup> : « لا ميراث لقاتل » .

(١) من الجدير بالذكر أن المحاكم الانجليزية قد انفتحت إلى أهمية الحكم بعدم توريث القاتل فى الحفاظ على النظام العام Public policy فى مصر الحديث ، فقد قررت محكمة Chancery عام ١٩٣٤ ل قضية Bedford v. Bedford ٧. تحرمان الأبن توماس من ميراث والدته ومن وصيتها لقتله إياها . وقد جاء هذا الحكم خلافا لظاهر المادة ٤٦ من قانون The Administration of Estates Act ١٩٢٥ . حيثما يستلزم مما جاء على لسان <sup>١٩٢٥</sup>

٤٣٠ - الأمر بالفعل في القانون الإنجليزي : يعد هذا النوع من الأوامر Mandatory injunction من جواهر الأضرار في القانون الإنجليزي. ومعناه إلزام المدعى عليه بفعل إيجابي ، كهدم بناء يمنع عن جاره الضوء والهواء . وكانت المحاكم تحاذر إصدار الحكم على هذا النحو الإيجابي ، وإنما كانت تلجأ إلى التعبير عنه بوجهه السلبي . وطبقا لذلك فإنها إذا أرادت من المدعى عليه أن يهدم مثل هذا البناء فإنها كانت تحكم بمنع المدعى عليه من استمرار بنائه هذا في الأرض التي يقوم عليه ولم تعتمد المحاكم على إصدار الأمر بصيغته الإيجابية المباشرة إلا في هذا العصر ، نظرا لما وفر في الأذهان من تعذر إلزام المحكمة بفعل إيجابي<sup>(١)</sup> .

ولا يسوغ للمحكمة إصدار مثل هذا الأمر إلا بالشروط التالية :

(أ) إثبات المدعى تضرره بالفعل أو غلبة احتمال حدوث الضرر في المستقبل .

(ب) نسبة الضرر الواقع أو المحتمل إلى فعل المدعى عليه أو إهماله .

(ج) قلة النفقات التي يتحملها المدعى عليه في تنفيذ الفعل الذي تلزمه به المحكمة عن قيمة الأضرار التي يتحملها المدعى لو لم ينفذ المدعى عليه هذا الفعل .

(د) وضوح الفعل الذي يكلف به المدعى عليه ومعلوميته له حتى يمكن تنفيذه .

١٠٠٠ الدفاح في هذه القضية . ولا تخلو هذه القضية من تعقيد ؛ إذ إن الأم كانت أوصت بأموالها الكثيرة لابنها قبل حادث قتلها بفترة طويلة ، وكان الابن أوصى لها ولأبيه الذي تولى قبل هذا الحادث . وجاء في تحقيق الجناية على الأم أن الابن هو الذي قتلها فيما بين ١٧ - ٢١ من شهر سبتمبر ١٩٣٣ . ول هذا التاريخ نفسه انتصر الابن توماس الذي خلف عنه وعنه وأبناء عمه أخرى ماتت عام ١٩١٠ ، كما ترك عمالا وعالة . وقد احتشد العم والعمة وأولاد العممة الأخرى أنهم أحق بالميراث من غيره ، وأن المال انتقل إلى توماس أولا لبقائه على قيد الحياة بعد قتل والدته . غير أن الحال والحالة ادعى استحقاق تركة الأم ، بناء على أن المال لم ينتقل إلى الابن بقوله إياها حتى لا يكتافئ للمعدى بموالاته . (انظر : Law Report, Chancery division) ولا يخفى التشابه بين الفقه الإسلامي والقانون الإنجليزي في الحكم والاستدلال .

(١) Remedies of English Law, P. 198

(٢) السابق : ص ٢٠١ .

ويختلف الأمر بالفعل Mandatory injunction في الضمان عن الأمر التنفيذي بإتلاف أطعمة فاسدة أو يغلب على الظن فسادها قبل استخدامها على الرغم من أن المقصود منهما - وهو دفع الضرر - واحد. والفرق أن الأمر بالفعل في الضمان قضائي على حين أن الأمر بالإتلاف تنفيذي. ولا يجوز الاستئناف فيه، لعدم فائدته في الغالب حيث ينتشر الفساد في الطعام ويزيد. ومن جهة أخرى فإن المصلحة العامة تقتضى سرعة الفصل في هذه القضايا. ومع ذلك فإن لصاحب الطعام الحق في عرض وجهة نظره في دوائر الأمور العاجلة<sup>(١)</sup>.

٤٣١ - الحكم الإرشادي Declaratory injunction في القانون الإنجليزي : ظهرت الحاجة في القرن الأخير إل تفويض المحاكم الإنجليزية سلطة النظر في الخلافات بين الناس حول تفسير عقد من العقود أو علاقة من العلاقات لتوضيح حقوق الأطراف المتخالفة وواجباتهم وإرشاد كل منهم إلى السلوك مسلماً بحجة المسؤولية ويحمده عن الخطأ : وأهم ما يميز هذا النوع من الأحكام: أن أطراف النزاع لا يجهرون على الالتزام بما فيه على الرغم من احتمال إلقاء المسؤولية على أحدهم عند مخالفة ما يتضمنه. ولم تعترف المحاكم في إنجلترا بحقها في نظر هذه الدعاوى وإصدار مثل هذه الأحكام غير الملزمة لأحد إلا منذ مائة عام تقريباً<sup>(٢)</sup>. وإنما صرفها عن هذا النظر وهذا الإصدار من الناحية التاريخية خشية حمل أحكامها على الإلزام لا على النصيح والإرشاد، كما حدث من أحد ملوك إنجلترا حينما وضع ضريبة على السفن دون عرضها على البرلمان، مبرراً ذلك بأن ما وضعه لم يكن قانوناً يلزم عرضه على البرلمان، وإنما كان مجرد نصيحة واستعجاب. وقد رفضت المحكمة العظمى Supreme Court الأمريكية الإجابة عن أسئلة أول رئيس أمريكي، خشية أن تحمل إجاباتها على حمل الإلزام والإيجاب. وقد صدر قانون الحكم الإرشادي في أمريكا عام ١٩٣٤<sup>(٣)</sup> واعتبرته هذه المحكمة موافقاً

(١) السابق ص ٢٠٦.

(٢) السابق ص ٢٢٢.

(٣) The Declaratory Judgement Act 1934 (٣)

للدستور . ولم يعد من حق المحاكم أن تمتنع عن الإجابة عما يوجه إليها من أسئلة ، وإن لم يصدر تشريع أو قانون في إنجلترا يلزم المحاكم بإبداء رأيها على هذا النحو . وإنما كانت المحاكم العدالة في إنجلترا هي التي استشعرت الحاجة إلى توسيع اختصاصاتها لتشمل النظر في النزاعات المتعلقة بالتفسيرات المحتملة للنصوص القانونية ، وذلك بعد أن لوحظ أن نسبة من الخصومات منشؤها النزاع في تفسير هذه النصوص . ولم يجد قضاة هذه المحاكم مبررا للانتظار إلى حين استئصال هذه الخصومات ، ورأوا إمكان رفع أى من الخصوم دعوى توضح الخلاف في تفسير النصوص ، ولا يطلب مقدمها سوى إبداء رأى المحكمة في التفسيرات التي تتمسك بها الأطراف المختلفة ، فتدعو المحكمة هؤلاء الأطراف وتسمع منهم ثم تقرر رأيها دون فرض عقوبة أو غرامة على أى منهم .

ومن أشهر أمثله أن يذهب البائع لعقار أو أرض إلى المحكمة مع مشتريها ، لعرض الوضع القانوني لهذا العقار أو الأرض وطلب موافقة المحكمة على إنعام البعد . ومنه كذلك أن يذهب الراغب في الإيلاء لشخص من الأشخاص إلى المحكمة للإعلام بالوصية ومعرفة رأى المحكمة في جواز الوصية أو بطلانها . وفائدة الذهاب إلى المحكمة في هذه الظروف الاطمئنان إلى صحة المعاملة والإقدام على إنفاذها دون خوف .

وترفض المحاكم حتى الآن الإجابة عما يلقى إليها من أسئلة نظرية أو علمية ، وإنما يشترط فيما يوجه للمحاكم التعلق بالجوانب العملية ، والتردد في الإجابة بين احتمالين متقابلين لكل منهما طرف يؤيده ، وإلا فلا فائدة من العرض على المحكمة . وفي هذه الحدود يجوز للمحكمة التعرض لنص قانوني لإبداء رأيها في تفسيره أو مراجعة مشروعيتها من حيث موافقته أو مخالفته للدستور . ويكثر الاستناد إلى هذا النوع من الأحكام الإرشادية في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد وبين السلطات والهيئات العامة . والمأمول أن تيسر هذه الأحكام كثيرا من قواعد ضمان العدوان Torts وأحكامه .

٤٣٢ - الأحكام الإرشادية في الفقه الإسلامي : لم يتيسر لي - في حدود ما أطلعت عليه من مواد فقهية - الوقوف على ما يبين موقف القضاة المسلمين من

هذا النوع من الأحكام ، وما إذا كان يوسعهم أن يبينوا للمتنازعين وجه الحق في موضوع النزاع دون إجبار لهم على الالتزام بهذا البيان . ولا يتسع المقام لتبني هذا الأمر بوجوده المختلفة ، وإنما تظهر لي بعض الملاحظات التي قد تيسر هذا التبني لمن يهتم به ، وأثبتها فيما يلي :

(أ) حرص الشارع على دفع النزاع قبل وقوعه ورفع بعد الوقوع فيه . ويستند اعتبار هذه المصلحة في الشريعة إلى استقرار أحكام جزئية كثيرة . من بينها شرع بمنصب القضاء ووجوب تنصيب الإمام وإيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . والخلاف بين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وبين هذه الأحكام الإرشادية أن الأمر والنهي فهما ملزم بخلافه في الأحكام الإرشادية . ومع ذلك فإن شرع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدل على حرص الشارع على توضيح الحقوق والواجبات والتذكير بهما . ويعمل الفقهاء بمصلحة دفع النزاع وحسم أبواب الفتن والخلاف لكثير من الأحكام الاجتهادية .

(ب) وظيفة المحتسب في جانب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مجرد بيان الحقوق والواجبات لأطراف العلاقات التعاقدية في الأسواق وغيرها .

(ج) اعتراف الفقه الإسلامي بأنظمة أخرى لإنهاء النزاع بين المتخاصمين غير ولاية القضاء ، كالصلح والتحكيم . ويوجب الفقهاء على القاضي أن يستحث الخصوم على الصلح وإنهاء النزاع بما هو واجب على المسلم من الحسنى في المعاملة . وقد أفردت المادة ١٨٢٦ من مجلة الأحكام العدلية هذا المعنى بالذكر . ونصها : ( يخطر ويوصى الحاكم بالمصالحة للطرفين مرة أو مرتين في الخصامة الواقعة بين الأقرباء أو المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح . فإن وافقا صالحتها على وفق المسائل المتدرجة في كتاب الصلح وإلا أتم المحاكمة ) . وقد يكون هذا الاستحاث والإيحاء والإخطار بالمصالحة عن طريق بيان الحقوق والواجبات . ولا يجرى القاضي المحاكمة المنتهية بحكم إلزامي إلا بعد است فراغ هذه المحاولة . وهو ما يرشد إلى أن للمحكمة أن تصدر حكما إرشاديا بجملة النصح للطرفين بإنهاء الخصامة والنزاع .

(د) كانت وظيفة القاضي المسلم العمل على إقرار العادلة في المجتمع المسلم بوجه عام . وكثيراً ما كان القاضي يقوم بوظائف الإفتاء والإجابة عما يسأل

فيه من المسائل والأحكام . وهذا هو ما تؤيده سيرة عدد من كبارهم كشيخ وأبى يوسف والعز بن عبد السلام .

(هـ) استند إنشاء المحكمة الشرعية الاتحادية في باكستان في ظروف العمل على تطبيق الشريعة بموجب قانون إنشائها الصادر عام ١٩٨٠ إلى الأصول السابقة . وقد نصت المادة ٢٠٣ (د) المعدلة لدستور ١٩٧٣ على اختصاص هذه المحكمة بالنظر في القوانين القائمة لمراجعتها بناء على مبادرة من أعضائها أو طلب أى مواطن<sup>٩</sup> باكستانى أو أية هيئة حكومية . بقصد اختبار القانون موضع النظر ومعرفة مطابقتها أو مناقضته لأحكام الشريعة وقواعدها . وعلى المحكمة إذا رأت معارضة أية مادة قانونية لأى حكم شرعى أن تبين في حكمها الأسباب التى تدعوها إلى تبني هذا الرأى ومدى ما ينطوى عليه من معارضة ، والوقت المقترح لإبطال هذا الحكم القانونى . ويصدر الحكم نافذ المفعول إذا انقضت فترة الإمهال التى يجوز قيام ممثل الحكومة أثناءها باستئناف هذا الحكم أمام المحكمة العظمى Supreme Court . أما إذا انقضت الفترة ولم يستأنف الحكم أو صدر حكم المحكمة العظمى بتأييد حكم المحكمة الشرعية فعلى الرئيس في القوانين الاتحادية والمحافظ في القوانين الإقليمية اتخاذ الإجراءات اللازمة لتعديل القانون المخالف لنصوص الشريعة وأحكامها .

ووظيفة المحكمة الشرعية بهذا هى إبداء الرأى في القوانين المشكوك في معارضتها لأحكام الشريعة الإسلامية لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتغيير ما تثبت مخالفته للأحكام الشرعية من بينها .

٤٣٣ - والحاصل أنه ليس هناك ما يمنع المحاكم الإسلامية في تاريخها الطويل أو في العصر الحاضر من إبداء الرأى فيما يعرض لها من أسئلة . وقد قامت المحكمة الشرعية الاتحادية لمراجعة القوانين القائمة والحكم على ما يعد مخالفا لنصوص الشريعة بالإعلان لتعديله .

### الفصل الثالث : بعض التطبيقات العملية للضمان •

٤٣٤ - تقديم : أنتقل بعد استعراض جوانب نظرية الضمان بأركانها والأفعال التي توجه. وما يجب به إلى تناول بعض الجوانب التطبيقية التي أشار إليها الفقهاء في ثنايا تعرضهم لأحكام المسؤولية والتي تعنى بها المؤلفات القانونية المتعلقة بالضمان . ويجرى تناول هذه الجوانب في المباحث التالية :

المبحث الأول : المسؤولية عن فعل الغير Vicarious Liability . ويضم هذا المبحث مسؤولية الولي عن هم في ولايته ومسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه كالخادم والوكيل ومن إليهما ممن يعملون تحت إمرة المتبوع وتوجهه .

أما المبحث الثاني : فيتعلق بمبحث مسؤولية الطبيب .

وأتناول في المبحث الثالث : المسؤولية عن الحيوانات .

ويتعلق المبحث الرابع والأخير : بالمسؤولية عن الأشياء كالمباني والحوادث والآلات .

## المبحث الأول : المسؤولية عن فعل الغير

٤٣٥ - مفهوم هذه المسؤولية : جاء في المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري ما يأتي :

١ - كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصوره ؟ أو بسبب حالته العقلية أو الجنسية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

وتنص المادة ٢٢٤ من القانون المدني العراقي على هذا المعنى ، على حين أتت المادة ١٧٤ من القانون المدني السوري ( ١٩٤٩ ) موافقة للمادة المذكورة من القانون المدني المصري في اللفظ والمعنى . أما القانون المدني الأردني فقد جاء مادته ٢٨٨ بعبارة تفصح عن محاولة واضعيه الاقتراب من المفاهيم والمصطلحات الفقهية الإسلامية . ولفظ هذه المادة :

١ - لا يسأل أحد عن فعل غيره . ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به .. من أوقع الضرر :  
( أ ) من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة

بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية .

(ب) من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه ولو لم يكن حرا في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تادية وظيفته أو بسببها .

٢١ - ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع على المحكوم عليه به .

٤٣٦ - وإنما ترشد هذه النصوص إلى المعاني التالية :

أولا : الأصل هو شخصية المسئولة حتى لا يسأل أحد عن فعل غيره . والقاعدة أن المرء مؤاخذ بأفعاله هو لا بأفعال غيره .

ثانيا : يتحمل المرء على سبيل الاستثناء من هذا الأصل ضمان ما يفعله غيره إذا انتسب فعل هذا الغير إليه وأضيف لتوجيهه أو كان هو المتسبب فيه . وتنقسم هذه المسئولية تبعا لذلك إلى قسمين :

( أ ) مسئولية الولي عن في ولايته .

(ب) مسئولية المتبوع عن فعل تابعه .

ثالثا : يثبت حق الرجوع للمسئول عن عمل الغير في الخلود التي يكون فيها هذا الغير مشغولا عن تعويض الضرر ، طبقا لما جاء في المادة ١٧٥ من القانون المدني المصري .

رابعا : المسئولية عن فعل الغير في واقع الأمر ليست إلا ضمانا لإيصال التعويض إلى المصاب ، فبكثرا ما يكون المتعدى القاصر معدما لا مال عنده فيطالب وليه يتحمل الضمان وإيصال مقداره إلى مستحقه ، على أن يكون له الحق في الرجوع على من تحت رعايته إذا شاء .

والحاصل أن المسئولية عن فعل الغير تفيد ضم ذمة الولي أو المتبوع في تحمل ما على القاصر أو التابع في المطالبة والأداء ، لكن لا يستقر الضمان على الولي أو المتبوع ، ويرجعان بما أدياه على المتسبب في تفرغهما .

٤٣٧ - حكم هذه المسئولية في النظر الفقهي الحديث : يختلف الباحثون

المحدثون في حكم هذه المسألة ، فذهب المرحوم على الخفيف إلى أن الشريعة الإسلامية لا تقر مبدأ مساءلة المراء عن فعل غيره ، بل ( جاء في القرآن ما يعارضه ويبطله ، مثل قوله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ، ومثل قوله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾ . وعلى ذلك لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه غيره ولو كان المحدث له غير مميز <sup>(١)</sup> . ومع ذلك فإنه يشير إلى جواز مطالبة الأولياء بأداء الضمان مما تحت أيديهم من أموال الذين تحت ولايتهم ، لما لهم من الولاية عليهم ، ولأنه لا يمكن مطالبة الصغار والمجانين بأداء ما عليهم من واجبات . لكن لو نسب التعدي إلى الولي فإنه هو الذي يطالب بالضمان ويستقر عليه . وعند الفقهاء ما يؤيد ذلك ؛ ففي جامع الفصولين أنه ( لو رمى صبي سهماً فأصاب عين امرأة غرم الصبي لا أبوه . ولو لا مال له ففطرة إلى ميسرة <sup>(٢)</sup> ) . بل بالغ البعض في فرض الضمان على الصبي إذا تعلق به أدنى سبب لوجوبه . رغم وضوح خطأ وليه أو وصيه ؛ ففي المبسوط أنه إن كان الحائط المائل لصبي فتقدم أحد إلى ولي الصبي أو وصيه فلم ينفضه حتى سقط فأصاب شيئاً فإن الضمان على الصبي لأن الأب والوصي يعملان له ويقومان مقامه فللهذا كان الضمان عليه دونهما <sup>(٣)</sup> . وقد نص الأصوليون على أن الضمان من عطلاب الوضع لا يشترط فيه التكليف <sup>(٤)</sup> .

٤٣٨ - ولا يختلف الأمر في المذاهب الأخرى عن ذلك ، ففي تبصرة الحكام أن ما كسره الصبي ، وهو ابن سنة فصاعداً ، مضمون عليه في ماله ، ( فإن ابن سنة ينزجر . وكذا المجنون يكسر ما في السوق أو يفسده يتبع به في ماله مثل جراحته . وكذا النائم ما أصابه في نومه ففي ماله إذا كان دون الثلث . ويستثنى من ذلك إذا نامت على ولدها فأصبح ميتاً فليس عليها غير الكفارة . وهذا هو

(١) الضمان في الفقه الإسلامي : ص ٢٣٨ .

(٢) جامع الفصولين : ١١٣/٢ ، وجمع الضمانات : ص ١٧٠ .

(٣) المبسوط للرمعي : ١٠/٢٧ .

(٤) التوضيح : ١٦٧/٢ ، وانظر أيضاً غير هذين المصادر : ١٤٦/٢ .

ما رجحه الدردير وأين عرفة بالنسبة للصبي؛ ففي الشرح الكبير: ( وضمن الصبي ولو غير مميز .. ما أتلفه في ماله إن كان له مال ، وإلا اتبع بالقيمة في ذمته . هذا هو الصواب )<sup>(١)</sup> . أما المجنون ففي ضمان ما أتلفه ثلاثة أقوال: في المذهب المالكي: ( الأول أن المال في ماله والدية على العاقلة . وقيل المال هدر . وقيل كلاهما هدر )<sup>(٢)</sup> . ومذهب الشافعية والحنابلة أن الضمان من خطاب الوضع فلا تشترط أهلية التكليف لوجوبه .

٤٣٩ - الرأي الآخر: يذهب الدكتور سيد أمين إلى أن الشريعة الإسلامية تعترف بالمسئولية عن الغير في الأمرين التاليين:

- (أ) مسئولية الراعي عن من هم تحت رعايته . ومستنده في هذا قوله ﷺ: « كلكم راع ومسئول عن رعيته ، الإمام راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها ، والخادم راع في مال سيده ومسئول عن رعيته » .
- (ب) مسئولية المتبوع عن تابعه . وينتج من أن الدكتور سيد أمين يثبت هذه المسئولية استنادا إلى مسئولية الأمر والمكره في الفقه الإسلامي<sup>(٤)</sup> .

وإنما يتضح الفرق بين المسئولية عن فعل الغير في كل من هذين الأمرين بالنظر إلى سبب المسئولية ومستندها ، فالسبب في الأمر الأول هو الرعاية التي أوجبها الشارع ورتب عليها قيام المسئولية فيما يرشد إليه نص الحديث السابق الذكر على حين أن السبب في الأمر الثاني هو إضافة الفعل إلى التسبب فيه بغرور أو نية أو إكراه .

٤٤٠ - ويلزم للدراسة حكم المسئولية عن الغير في الفقه الإسلامي وال ترجيح بين هذين الرأيين النظر فيما توجه الرعاية والتبعية التي تثبت فيل

(١) تحاشية الدردير: ٢٩٦/٣ .

(٢) السابق .

(٣) المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي للفقهاء الدكتور سيد أمين: ص ١٢٧ إلى ١٣٣ .

التابع إلى المتبوع من وجهة هذا الفقه، مع التقديم لذلك بهذه الملاحظات العامة التالية :

#### ٤٤ - ملاحظات عامة :

الملاحظة الأولى : الأصل في الفقه الإسلامي أن الإنسان مسئول عن نتائج أفعاله ، وقد أحكمت النصوص الشرعية بيان هذا الأصل . ولا يعد إثبات مسؤولية المرء عن فعل غيره استثناء من هذا الأصل حسبما يتضح فيما بعد ، وإنما تثبت هذه المسؤولية من جهة إضافة فعل هذا الغير إلى المتسبب فيه بإهمال في رعاية أو لقيام معنى التبعية . فلو اتفق أب مع مدرب سباحة على أن يعلم ولده السباحة ، وغرق الولد فإن المدرب يضمنه ( إن غفل عن حفظه أو لم يشد ما يسبحه عليه شيئاً جيداً أو جعله في ماء كثير جار أو واقف لا يحمله أو عميق معروف بالفرق )<sup>(١)</sup> . وفي الإكراه والأمر إنما يضمن الأمر والمكره لإضافة الفعل إلى المتسبب فيه . ويضاف الفعل في الوكالة والرسالة إلى الموكل والمرسل كما لا يخفى . ويرشد هذا إلى أن إثبات المسؤولية عن فعل الغير إنما هو بمخالفة الواجب أو إضافة الفعل إلى المتسبب فيه ، وهو المتبوع .

الملاحظة الثانية : تتجه الفلسفات القانونية الحديثة إلى التوسع في هذا النوع من المسؤولية ، فجعلت أصحاب الأعمال مسئولين مسؤولية تكاد تكون مطلقة عما يقوم به عمالهم أو يتسببون فيه من أضرار للغير أو لأنفسهم . ويجري هذا الاتجاه إلى انتقادات كثيرة ، ففى رأى عدد من الباحثين أن شيوع نظام التأمين في التعويض عن الأخطاء تجاه الغير واللقاء المسؤولية على المتبوع في مجالات متزايدة قد أفضى إلى تقويض مبدأ محاسبة المرء عن أفعاله ، وأصبح يهرب مرتكبي الأفعال الضارة ، وخاصة العمال والسائقين ، من المسؤولية ، أمراً سائقاً من الوجهة القانونية . وهو ما يؤدى بدوره إلى شيوع روح اللامبالاة وعدم التحوط . ومن جهة أخرى فإن التوسع في مساءلة المتبوع عن فعل تابعه كقيل بنقض ركن الخطأ الذى تقوم عليه المسؤولية في الضمان . فإن صاحب العمل إن لم يخطئ

(١) للبدع شرح المقتضب : ٣٤٣/٨ .

لم يميز من الوجهة الأدبية أو الخلفية أن يتحمل نتائج أفعال عماله . وقد اتجهت فرنسا منذ فترة إلى إخراج معظم إصابات العمل من مجال المسؤولية المدنية ، وتيسر التعويض عنها من مصادر التأمينات الاجتماعية . وهذا هو الحال نفسه في ألمانيا . أما في بريطانيا فتدخل إصابات العمل ضمن أنظمة التأمينات الاجتماعية ونظام المسؤولية المدنية . وينادى الكثيرون بضرورة تجنب هذا ازدواج لما ينطوى عليه من مساوئ وتعقيدات في التقاضي وتعدد الجزاء عن الإصابة الواحدة . ومع ذلك فليس من المحتمل حدوث التغير في هذا الصدد قريباً<sup>(١)</sup> .

الملاحظة الثالثة : التوسع في إلقاء مسؤولية الفعل على غير فاعله من سمات القوانين البدائية<sup>(٢)</sup> . ولم تتخلص القوانين الغربية من هذه السمة إلا في بدايات العصر الحديث وبفضل الجهود التي قادها كل من سيزارى بيكاريا وفولتير في فرنسا . ولا يصعب تقدير أسباب قبول العرب قبل الإسلام لمبدأ المسؤولية الجماعية Collective Liability واعتبار القبيلة مسؤولة عما يتسبب فيه أحد أفرادها من أضرار في ظروف التنظيم القبلي للجماعة . ولعل شيوع هذا المفهوم الجماعي للمسؤولية هو المسوغ للتأكيدات القرآنية المتابعة على إرساء مبدأ المسؤولية الفردية ، فكل نفس بما كسبت رهينة ، ولا يجزى والد عن ولده ولا مولود هو جاز عن والده شيئاً ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، ولا تكسب كل نفس إلا عليها ، طبقاً لما أرسته الآيات القرآنية . ويجب لهذا تقييد مسؤولية المرء عن فعل غيره باشتراط الخطأ أو غفلة الواجب .

الملاحظة الرابعة: تعترف القوانين الحديثة بالمسؤولية عن فعل الغير في مجالين أساسيين : أولهما مسؤولية المخلوم عن خادمه إذا أضر بالغير في سياق أدائه لما كلف به من عمل . ويلتحق به مسؤولية صاحب العمل عن أجهزه الخاص ، ومسؤولية الموكل والمرسل عن وكيله ورسوله . والثاني : مسؤولية الأب عن فعل ولده ، وكلنا الأستاذ عن تلميذه وصلى مهنته :

(١) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 3, 4 .

(٢) Salmond on Jurisprudence, 12th ed., P. 400 .

ويلزم النظر إلى الحكم الفقهي لهذه المسائل قبل استخلاص نظرية فقهية عامة للمسئولية عن فعل الغير .

٤٤١ - مسئولية الخدم عن خدامه :

(أ) روى حاطب بن أبي بلتعة أن غلما لأبيه سرقوا ناقة لمرجل من مزينة ، فأثنى عمر ، فأقروا . فأرسل إليه عبد الرحمن بن حاطب فأخبره ، ثم قال لعامله اذهب فاقطع أيديهم . فلما ولى بهم ردهم عمر . ثم قال لعبد الرحمن : أما والله لولا أني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم ، يجي إن أخذهم لو أكل ما حرم . عليه حل له ، لقطعت أيديهم . وأيم الله إذ لم أفعل لأغرمك غرامة توجعك . ثم قال يا مزي ، بكم أريدت منك ناقةك ، قال بأربعمائة . فالتفت لعبد الرحمن ، وقال اذهب فأعطه ثمانمائة<sup>(٣)</sup> .

(ب) جاء في جميع الضمانات أن تلميذ القصار ( لو حمل شيئا في بيت القسارة بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق : إن كان من ثياب القسارة لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ . وإن لم يكن من ثياب القسارة ضمن الأجير<sup>(٣)</sup> ) . ومن جنسه في ( أجير القصار إذا وطئ ثوبا من ثياب القسارة لا يوطأ مثله فانتقص أو تخرق ضمن الأجير لأنه لم يؤذن له في ذلك . وكذلك لو كان الثوب مما يوطأ مثله ، إلا أنه كان ودعة عند القصار ليس من ثياب القسارة . وإن كان من ثياب القسارة وذلك ثوب يوطأ مثله لا يضمن الأجير لأنه مأذون في ذلك عادة إن كان من ثياب القسارة ويضمن القصار . وكلما لو انفلتت المدقة من أجير القصار أو تلميذه وقعت على ثوب من ثياب القسارة فلا ضمان على التلميذ وإنما الضمان على الأستاذ . وإن لم يكن من ثياب القسارة كان الضمان على التلميذ . ولو دفع المدقة على موضعها ثم وقعت بعد ذلك على شيء آخر فالضمان على الأستاذ لا على التلميذ . ولو أصابت المدقة إنسانا كان الضمان على التلميذ . ولو انكسر شيء من عمل التلميذ من أدوات القسارة مما

(٣) جميع الضمانات : ص ٤٣

يُدَقُّ بِهِ أَوْ يُدَقُّ عَلَيْهِ لَا يَضْمَنُ التَّلْمِيزَ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُدَقُّ بِهِ أَوْ لَا يُدَقُّ عَلَيْهِ ضَمَنَ التَّلْمِيزِ (١) .

(ج) جاء في مجمع الضمانات أن الثَّيَابِيَّ تابع للحمامي إذا كان يعطيه أجره على عمله عنده ، فيصبح كتلميذ القصار لا يضمن ما ضاع من الثياب عنده وإنما يضمن الحمامي . أما إذا لم يكن الثَّيَابِيَّ يأخذ أجرا من الحمامي فإنه يعد مودعا ويضمن هو لا الحمامي ضمان المودع . قال قاضيهخان : ( إن كان الثَّيَابِيَّ أجبر الحمامي يأخذ منه كل يوم أجرا معلوما لهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل ( أى حنيفة وأبي يوسف ومحمد ) بمنزلة تلميذ القصار والمودع (٢) .

(د) ( لو استأجره لبيني له في فناء دكانه فقتل به إنسان بعد فراغه فالضمان على الأمر استحسانا ) (٣) .

٤٤٢ - وفي هذه النصوص ما يرشد إلى الأحكام التالية :

أولا : سبب مسؤولية المخلوم عن خادمه أو الأجر عن أجره هو الخطأ أو الإلانة والتسبب في الفعل بالإجابه على الخادم والأجير . ومن قيل قيل المسؤولية على السيد لخطئه ما حكيم به عمر في قضية العلمان الذين سرقوا الناقة ، حيث قضى بتضعيف الغرم على سيدهم ، مفترضا خطئه وتقصيره وتحريمه لإياهم . أما الأمثلة الأخرى فسبب المسؤولية عن فعل الأجير فيها هو النياية عن الأجر والعمل بإذنه ف يرجع فعل الأجير إليه ويضاف إلى إذنه .

ثانيا : لا يضمن الأجير إذا لم يتجاوز في فعله حدود المأذونية ، وتتقل المسؤولية عن فعله إلى أجره . أما لو عمل الأجير بدون إذن الأجر أو في غير المأذون له فيه فإن الضمان يستقر عليه . ولذا لو حمل شيئا فوقع منه على ثياب القصار لم يضمن لأنه مأذون له بالعمل فيها ، أما إذا وقع منه على ثياب أخرى غير ثياب القصار فإنه يضمنها لعدم الإذن له بالتصرف فيها . وكذا لو وطئ نوبا لا يوطأ مثله فإنه هو الذي يضمنه .

(١) السابق : ص ٤٣ .

(٢) السابق : ص ١٧٨ .

(٣) السابق : ص ٩٢ .

ثالثا : تقوم علاقة التبعية بين الخادم والمخدوم والآجر والأجير إذا ثبت تلقي الخادم والأجير أجرا عما يقومان به من عمل . أما إذا لم يتلقيا أجرا فلا تقوم علاقة التبعية وتثبت مسؤولية كل امرئ عن فعله .

رابعا : الإذن لا يثبت مسؤولية الإذن إذا لم يكن له حق الإذن ، فالقاعدة أن من لا يجوز له التصرف بنفسه لا يملك أن ينيب غيره فيه . ولهذا لو ( أمر أجيرا أن يحفر له في الطريق بئرا وأعلمه بأنه طريق العامة ضمن الأجير . وإن لم يعلم ضمن الأمر )<sup>(١)</sup> لأنه هو الذي غر الأجير بأمره ، فيضمن الأمر ضمان غرور . ومن هذا القبيل أن يأمر أجيره بإلقاء التراب أو الطين في الطريق أو وضع الحنجر والحشبة فيه<sup>(٢)</sup> .

٤٤٣ - مسؤولية الأمر عن المأمور : الأمر في الاصطلاح الفقهي هو طلب فعل الشيء على وجه الجزم دون إكراه . ولا يعد الأمر بمجرد الأمر مسئولاً عن فعل المأمور لتحقيقه باختياره ، إلا إذا اقترن بالأمر إكراه أو حمل على الفعل أو غرور فحينئذ يرجع فعل المأمور إلى الأمر . والقاعدة الفقهية المطلقة أن ( الأمر لا يضمن بالأمر )<sup>(٣)</sup> . ومفاد هذا الإطلاق أن بالأمر بذاته لا يوجب الضمان ما لم يعتضد بمعنى يسوغ نسبة فعل المأمور إلى الأمر .

ولعل اقتران الأمر بالإكراه من أقوى هذه المعاني التي تثبت الضمان على الأمر . ولذا نصت المادة ٨٩ من المجلة العلية على تقييد القاعدة المطلقة السابقة بغير حالة الإكراه . ولفظ هذه المادة : ( يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبرا ) . ومعناها أنه إذا أئلف أحد مال غيره بأمر آخر فالضمان على المتلف لا على الأمر ما لم يكن مجبرا وقادرا على إيقاع تهديده بالفعل . ويتقيد إطلاق هذه القاعدة طبقا لما سبق<sup>(٤)</sup> بأى من الأمور التالية :

(١) جميع الضمانات : ص ١٧٨ .

(٢) السابق .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٣ .

(٤) ص : ٢٥٢ وما بعدها من هذا البحث .

(أ) إذا كان المأمور صبياً أو مجنوناً وكان الأمر بالغاً عاقلاً فإن الضمان يجب على الأمر ، لأن أمر الكبير العاقل للصغير نوع حمل على الفعل فيضاف إلى الأمر وبعد الصغير آلة أو وسيلة إلى تحقيق الغاية ، فترجع المسؤولية عن الفعل إلى الأمر ، وفي جميع الضمانات أن ( الحر البالغ إذا أمر عبداً صغيراً أو كبيراً مأذوناً في التجارة أو محجوراً عليه ليقول رجلاً خطأ فقتل يخاطب مولى المأمور بالدفع أو الفداء . وكذا في كل موضع لا يكون موجبا للقصاص . ثم يرجع مولى العبد بأقل من قيمته ومن دية المقتول على الأمر في ماله . ولهذا لو تلف في حال استعماله بضمن (١) . لكن إذا كان الأمر صبياً والمأمور صبياً كذلك فإن أحدهما لا يرجع على الآخر ، لا تنفاه الحمل أو الفرور في حق الأمر منهما ، فلا يرجع المأمور بشيء .

(ج) إذا كان الأمر أباً . وصورته أن يأمر الأب ابنه البالغ بإيقاد النار في أرضه ، فإذا تعدت النار إلى أرض الجار فأتلفت شيئاً ضمن الأب لضخامة أمره فينتقل الفعل إليه . ومع ذلك فإن الأب لو أمر ابنه بالتعدى على أحد أو قتله أو إتلاف ماله لم تجب الطاعة ولم يصح الأمر فلا يجب الضمان على الأب . وفي كل موضع لم يصح الأمر لا يجب الضمان على الأمر طبقاً للقاعدة (٢) .

(د) إذا كان الأمر سلطاناً أو حاكماً تجب طاعته أو يعتدق المأمور وجوب طاعته فإن ضمان ما يترتب على فعل المأمور يستقر على الأمر بلا خلاف بين العلماء لأن أمره في حكم الإكراه . ويحصر بعض فقهاء المذهب الحنفى ضمان الأمر فيما إذا كان سلطاناً ، ففى جميع الضمانات : ( ضمن الأمر لو سلطاناً ، لا غيره ، إذ أمر السلطان إكراه ، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقبه إن لم يمثل أمره ، بخلاف غير السلطان فيضمن السلطان لا مأموره .. وعن السير الكبير أن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه لو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمثل أمره .. ومن الناس من جعل مجرد أمره إكراهاً ، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمثل (٣) .

(١) جميع الضمانات : ص ١٥٦ .

(٢) السابق : ص ١٥٨ .

(٣) السابق : ص ١٥٨ .

(هـ) إذا كان المأمور أجيرا وأمره الأجر بالتصرف في مال الغير ، وهو لا يعلم كون هذا المال غير مملوك للأجر ، فإن الضمان يجب على الأمر لغروه واعتقاد الأجير وجوب طاعة الأجر بمقتضى عقد الإجارة . ولذا يضمن صاحب الخانوت عند أقي يوسف لو أمر أجيرا له ليرسل له الماء في طريق المسلمين ، بخلاف ما لو أمره بالوضوء في الطريق فتوضأ وعطب به إنسان فإن الضمان على الأجير ، ( لأن منفعة الوضوء تكون للمتوضئ ومنفعة الإرسال تكون للأمر )<sup>(١)</sup> . ومفاده اشتراط تعلق الفعل الموجب للضمان بوظيفة الأجير وعمله الواجب عليه بمقتضى عقد الإجارة لانتقال الضمان إلى الأجر . أما إذا تعلق الفعل بمصالح المأمور وخرج عن حدود وظيفته ، كما لو أمره الأجر بالوضوء ، فإنه لا يضمن شيئا ، لأن الأجير لا تجب عليه الطاعة حيثئذ . وفي مجمع الضمانات : ( لو أمر أجيرا أو سقا برش الماء في فناء دكانه فعطب به إنسان ضمن الأمر لا الراش )<sup>(٢)</sup> .

(و) إذا انطوى الأمر على غرور أو عدم تثبت ، فلو أمر شخص ( آخر ببيع هذه الشاة فلبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع على الأمر )<sup>(٣)</sup> . ومن جنسه ما لو ( جاء بداية إلى النهر ليغسلها ، فقال لرجل أدخلها النهر فأدخلها ففرقت وكان الأمر سائس الدابة لرجل آخر ولم يعلم المأمور بذلك ، فلو كان الماء بحال لا يدخل الناس دوابهم فيه ضمن ربها أيما شاء ، فلو ضمن المأمور رجع على السائس )<sup>(٤)</sup> .

(ز) أن يقترون الأمر بما يفيد الالتزام بإيجاب الضمان على الأمر . من ذلك أن يقول أحد الآخر اسلك هذا الطريق فإنه آمن وأنا أضمن لك مالك إن ضاع فيه . وكذلك لو قال لآخر ألقى متاعك من السفينة ، تخفيفا لحمولتها ، وعلى ضمانه ، فألقاه ضمن الأمر ، لأنه طلب إتلاف للمال بعرض لغرض صحيح فلزمه . ومن جنسه أن يقول له إن ألقيت متاعى من السفينة تخفيفا لحمولتها فعليك ضمانه فألقاه ضمنته . وكلنا لو قال ألقه وعلى أهل السفينة ضمانه

(١) السابق : ص ١٥٩ .

(٢) (٣) (٤) مجمع الضمانات : ص ١٥٩ .

لزم الأمر حصته . وفي هذه الأمثلة ما يوضح وجه قيام الضمان باشتراطه والرضا به والاتفاق عليه . وقد نص عدد من الفقهاء على أن الضمان ينشأ بالتعدي أو لمكان الشرط .

والحاصل من هذا كله أن الأمر بمجرد لا يوجب الضمان إلا إذا اقترن بالأمر نسيب من الأسباب الموجبة له من التعديت أو الاشتراطات . ولا تنحصر هذه الأسباب في الأمور الستة التي ذكرها ابن عابدين في حاشيته ، وهي أن يكون الأمر سلطانا أو مولى أو أباً أو بالغاً والمأمور صبياً أو أجراً والمأمور أجراً له أو إذا أمره بالتصرف في ملك الغير ولا يعلم المأمور حقيقة المالك . ونص عبارته : ( الأمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة : إذا كان الأمر سلطاناً أو أباً أو سيداً والمأمور صبياً ، أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده . وإذا أمره بخفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الأمر )<sup>(١)</sup> . وإنما العبرة باقتران الأمر بموجب من موجبات الضمان .

٤٤٤ - مسؤولية الدولة عن عمالها : ترجع المسؤولية عن أعمال موظفي الدولة إلى بيت المال في الأحوال التي سبق بيانها ، تيسراً على المشتغلين بالمصالح العامة للمسلمين وحتى لا ينصرف الصالحون للوظائف العامة عن توليها . وقد تحملت الدولة الإسلامية المسؤولية عن الأضرار لأسباب عديدة من بينها تعلم تعيين المعتلى وإلقاء الضمان عليه . يروى أبو يوسف أن ( رجلاً أتى الخليفة عمر ابن عبد العزيز ، وقال له : يا أمير المؤمنين زرعت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فغوضه عمر بن عبد العزيز عشرة آلاف درهم )<sup>(٢)</sup> . ولا يخفى أن الهدف من تحمل الدولة هذه المسؤولية هو توزيع الضرر بدلاً من تركه يستقر على عائق المتضرر وحده .

وكان عمر بن الخطاب لا يرى وجوب تحمل الدولة المسؤولية عن أخطاء موظفيها وعمالها بناء على أنهم مسئولون عن أعمالهم وأن أحداً لم يتسبب

(١) حاشية ابن عابدين : ٢٠٨/٥ وما بعدها .

(٢) الخراج لأبي يوسف : ص ٦٨ .

في إقدامهم على التعديت والأخطاء ، وكان يقول : ( إني لم آمرهم بالتعدي ، فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لي )<sup>(١)</sup> . ورأى أني بكر وعمر بن عبد العزيز أوفق للأصول من جهة أن التعدي غير مقصود للعمال في معظم الأحوال ، وأنهم يقعون فيه أثناء عملهم لمصلحة الجماعة لا لمصلحة أنفسهم فناسبه رجوع الضمان إلى الجماعة ، وهو ما تدل عليه أصول عديدة .

ولما تضمن الدولة أخطاء موظفيها إذا وقعت هذه الأخطاء في سياق أدائهم لأعمالهم الواجبة عليهم بحكم وظيفتهم . أما لو أضر بالغير وهو يؤدي عملا لنفسه فإنه هو الذي يضمنه كما لا يخفى .

٤٤٥ - المسئولية عن عمل الوكيل والرسول : يرجع عمل الرسول والوكيل ما لم يتجاوز إلى الأصل ، لأنهما سفيران ومعيان عنه طالما التزم بأمره . وتعود حقوق العقد وأحكامه في الرسالة إلى المرسل لا إلى الرسول حسبما نصت عليه المادة ١٤٦٢ من مجلة الأحكام العدلية . والأمر كذلك في نوع الوكالة التي يشترط فيها إضافة الوكيل العقد إلى موكله ، كإعارة والإعارة والوديعة والرهن والإقراض والشركة والمضاربة . أما في العقود الأخرى التي لا تشترط فيها هذه الإضافة كالبيع والإجارة والشراء فإن أحكام العقد ترجع إلى الموكل . أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل إن لم يضاف العقد إلى الموكل طبقا لما سبق توضيحه . وفيما يلي عدد من المسائل التي توضح مسؤولية الموكل والمرسل .

(أ) (بعت المدينون المال على يد رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المدينون هلك عليه)<sup>(٢)</sup> . وفيه يضمن الدائن ما هلك بيد رسوله ، كما يضمن المدينون ما هلك بيد رسوله هو الآخر ، لأن قبض الرسول يعود لمرسله .

(ب) (رجل بعث رسولا إلى بزاز أن ابعت لي ثوب كذا بثمان كذا وكذا ، فبعث إليه البزاز مع رسوله أو مع غيره فضاع الثوب قبل أن يصل الرسول إلى الأمر وتصادقوا على ذلك وأقروا به فلا ضمان على الرسول في شيء .

(١) المسئولية القصوية عن فعل الغير للدكتور سيد أمين ص ١٦٣ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٢٤٤ .

وإن بعث البراء مع رسول الأمر فالضمان على الأمر ، لأن رسوله قبض الثوب مع المسلمة ، وإن كان مع رسول رب الثوب فلا ضمان عليه حتى يصل إليه ، فإذا وصل الثوب إلى الأمر يكون ضمانا ، كما لو أرسل رسولا إلى رجل ، وقال ابعث إلي عشرة دراهم قرضا فقال نعم وبعث إليه مع رسول الأمر فالأمر ضامن لما إذا أقر بأن رسوله قد قبضها . وإن بعث بها مع غيره فلا ضمان على الأمر حتى يصل إليه . وكذلك رجل له على رجل دين فبعث للمدين رسولا أن ابعث إلي الدين الذي عليك فإن بعث له مع رسول الأمر فهو من مال الأمر <sup>(١)</sup> .

(ج) أما لو وكلوا رجلا بأن يشتري لهم بضاعة بثمان معين فاشتراها لهم بماله أو يدين عليه فأعطاه كل واحد منهم حصته التي عليه من الثمن ، ( فضاعت حصة أحدهم قبل أن يدفع إلى البائع ، قال نصير بن يحيى : يضمن الوكيل ولا يرجع به على أحد قال الفقيه أبو الليث : إنما قال ذلك لأنه لما قبض منهم الثمن بعد الشراء صار مستوفيا لما وجب له عليهم بعقد الشراء فيكون المستوفى مضمونا عليه <sup>(٢)</sup> ) .

وفيه دلالة على أن المرسل والموكل مسؤولان عن عمل الوكيل والرسول إذا تقيدا في عملهما بأمر الأولين وإذنهما وإلا كانا ضامنين في أموالهما .

٤٤٦ - المسؤولية عن فعل الصبي والمجنون : من المبادئ في الفقه الإسلامي أن الضمان من مخطئ الوضع ، فلا يشترط لوجوبه العقل والتمييز . ولذا يضمن الصبي والمجنون والمتوه في أموالهم ما يتسببون فيه من ضرر لغيرهم . وإذا لم يكن لهم مال وجب الضمان عليهم في ذمتهم فينتظر المضرور ميسرتهم ، كما هو الحال في الواجبات المالية عموما . ويتضح هذا الإجمال بتفصيله على النحو التالي :

(أ) تتحمل العاقلة الواجب في جنایات الصبي والمجنون والمتوه كما تتحمل الواجب في جنایات البالغ العاقل سواء بسواء إلا أن عمد الصبي

(١) السابق .

(٢) السابق : ص ٢٤٩ .

والجنون كخطبهما في تحميله على العاقلة عند الجمهور خلافا للشافعي<sup>(١)</sup>.

(ب) يرجع وجوب ضمان أفعال الصبي إليه ليتوافر أهلية الوجوب في حقه ، بحيث لا يشترط فيها العقل والبلوغ . غير أن الولي هو الذي يخاطب بالأداء ، لأن الصبي ليس أهلا لهذا الأداء الذي يشترط فيه العقل والبلوغ طبقا لما هو معروف في الدرس الأصولي . وطبقا لهذا فإن إلقاء المسؤولية على الصبي يستتبع مخاطبة الولي أو الوصي بالأداء .

(ج) على الولي أن يؤدي من مال الصبي إن كان له مال . أما إذا لم يكن للصبي مال فعلى الدائن أن ينتظر إلى حين ميسرة في الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي . وقد روى ابن تيمية اتجاه آخر في الفقه مفاده تضمين الولي أو الوصي ما يضمنه الصبي بتعديه إن لم يكن له مال . وعبارته في هذا المعنى : ( إذا وجب على الصبي شيء ولم يكن له مال حمله عنه أبوه في إحدى الروايتين . وفي قول الأكثرين أنه في ذمته )<sup>(٢)</sup> . وقد يوضح مستند هذا الاتجاه ما يقوله بعضهم من أن ( العادة في الآباء والأمهات تحمل الديون عن أبنائهم الصغار لوفور الشفقة )<sup>(٣)</sup> ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فيحملها الأولياء لا لأنهم أخطأوا حقيقة أو افتراضا ، بل لأنه هو المتبع عرفا فيلتزمون به تبرعا منهم وإحسانا .

(د) لا تلزم القوانين الحديثة الآباء أو الأمهات بالمسؤولية عن الأبناء إلا بافتراض حدوث الخطأ من هؤلاء الآباء أو الأمهات ، ولذا يستطيعون دفع هذه المسؤولية إذا أثبتوا أن الضرر كان سيقع ولو قاموا بواجبهم في الرعاية ، ولم يقصروا في ملاحظة الأبناء بأى وجه من الوجوه . ففى المادة ٣/١٧٣ من القانون المدني المصري أنه ( يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ، ولو قام بهذا الواجب بما يغني عن النية ) . والاتفاق بين الفقه والقانون على أنه إذا أخطأ الولي أو الوصي أو التزم بالضمان أن إهمته تلزمه ، فلو وكل أحد ( صيا بيع وشراء جاز لو عقله وإهمته على أمره لا عليه )<sup>(٤)</sup> . أما إذا لم يثبت خطأ الوصي

(١) للمسوط : ٨٦/٢٦ .

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية : ١٥٧/٣٤ ، ١٥٩ ، ٥٥٣/٢٠ .

(٣) جامع الفصولين : ١١٣/٢ . (٤) مجمع الضمانات : ص ٤٢٣ .

فإن الضمان على الصبي في رأى الجمهور خلافا لهذا الرواية التى أوردها ابن تيمية ، والتى يستند فيها إلقاء ضمان الأضرار التى تنشأ بأفعال الصبيان على الأوصياء والأولياء إلى وفور الشفقة وجريان العرف بمعدهم بمثل هذه الضمانات فيلتزمونها . أما مستند إلقاء الضمان على الأولياء فى القانون المصرى فيرجع إلى افتراض خطأ الولي ولذا يجوز دفع الضمان عن الولي بإثبات عدم تقصيره . واعتقد أن الأخذ بالوجهة التى ذكرها ابن تيمية أولى ، فيجب ضمان ما يتلفه الصغير من أموال الغير على وليه إن لم يكن للصغير مال ، باعتبار أن هذا الواجب على الصغير من دين إنما يخاطب الولي بأدائه وأنه يلتحق بالتفقة الواجبة على هذا الولي .

٤٤٧ - تعقيب : والحاصل من هذا كله أن الفقه الإسلامى يعترف بالمسئولية عن عمل الغير فى المجالات التالية :

أولها : أن يرجع عمل هذا الغير إلى الضامن لنيابته عنه كما فى الأجير والموظف والمأمور والمكره والمغرور .  
والثانى : الالتزام بالضمان كأن يقول شخص لآخر ألقى هذا الشيء فى الماء وأنا أضمنه لك ، أو ادفع هذا الدين عني وأنا أرده لك .  
والثالث : المسئولية عن هذا الغير تبرعا وإحسانا بالالتزام شرعى بالضمان ، طبقا للرواية التى ذكرها ابن تيمية .

ولا يتناقض هذا مع القاعدة القاضية بمسئولية كل امرئ عن فعله فإن تطبيقها مقيد بما إذا لم يوجد سبب يسوغ المسئولية عن الغير من نيابة أو التزام بالضمان . ولا حجة لهذا فى قول المرجوم سيد عبد الله على حسين أن الأب والأم من الوجهة الفقهية ( ليسا مسئولين عن الأضرار المدنية التى تنشأ عن أفعال الصغير إلا فى حالة واخته ) وهو أن الصغير كان تحت تأثير والديه فيما فعل ، أو أن الولد أتلف مال الغير تحت سمع وبصر أحد والديه ولم يمنعه وهو قادر على ذلك . أما أن الأب والأم مسئولان مدنيا عن ولدهما فى حالة عدم ملاحظته أو إهماله فلا يقول به التشريع الإسلامى ، لأن الصغير كامل المسئولية فى أموال

الناس عن طريق خطاب الوضع كما سبق بيانه (١). وجهه أن مسؤولية الأب والأم عما يفعله الصغير لا تنحصر في هذه الحالة من وجهة الفقه الإسلامي ، فهما مسئولان عن أداء ما وجب عليه من جهة ، كما أنهما مسئولان عرفاً أو شرعاً عن الوفاء بما وجب عليه من ديون فيضمنان عنه طبقاً لهذه الرواية التي ذكرها ابن تيمية إن لم يكن له مال . وهو المقول كذلك حفظاً لمصلحة أصحاب الأموال . ولا يبعد أن يكون هذا هو مفهوم الحديث السابق الذي يوجب مسؤولية كل راع عن رعيته .

---

(١) المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والدولية والتشريع الإسلامي : ٢٧١/٢ .

## المبحث الثاني : مسئولية الطبيب

٤٤٨ - أساس هذه المسئولية : اتخذت التشريعات القديمة موقفا متشددا في طابعه العام من مسئولية الطبيب ، فأى خروج منه على التعاليم الطبية إذا أنفضى إلى وفاة مريضه كان يعرضه للعقوبة بقطع الرأس أو الأطراف ، وذلك في التشريعات المصرية واليونانية والبابلية . يدل على هذا الموقف المتشدد ما جاء في المادة ٢١٨ من تشريع حمورابي التي نصت على أنه ( إذا عالج الطبيب جرحا بليغا أصيب به رجل بمبضع معدني وسبب موته ، أو إذا شق ورما بمبضع معدني وعطل عين الرجل تقطع يده )<sup>(١)</sup> وكذلك تضمنت موسوعة جوستنيان النص على أنه (إذا نجم عن دواء أعطى لأجل إنقاذ الحياة أو للشفاء من مرض أن توفي الذي أعطى إليه هذا الدواء فبني المعطى في جزيرة. إذا كان من طبقة راقية ويعلم إذا كان من طبقة وضعية )<sup>(٢)</sup> . ولم يكن الوضع في أوروبا في القرن الثالث عشر أفضل من ذلك ، فقد كانت محاكم الصليبيين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر تقضى على الطبيب بالمسئولية عما يقع من ضرر لمرضاه . وكان يعاقب بقطع يده . على الجروح البسيطة التي تقع لمرضاه نتيجة إهماله ، أما إذا مات المريض فكانت عقوبته هي الشق<sup>(٣)</sup> . وإنما كان أساس مسئولية الطبيب هو الضرر لا الخطأ ، فأصبح يحاسب بالنظر إلى ما يحدث للمريض لا بالنظر إلى ما يفعله الطبيب ، واتسمت لهذا معاملته بالقسوة والغلظة فانصرف الناس عن هذه المهنة الخطرة .

أما في الشريعة الإسلامية فقد قامت مسئولية الطبيب على الأساس العام للضمان ، وهو التعدي أو الخطأ ، لا على أساس الضرر . توضيحه أن الفقهاء قد

(١) شريعة حمورابي ترجمة د. عبد الرحمن الكيلاني .

(٢) موسوعة جوستنيان ، الكتاب الأول الفصل الثامن عشر ، نقلا عن المسئولية المدنية للطبيب لمهد السلام

الترجمي : ص ٤٠ .

(٣) السابق : ص ٤٤ وما بعدها .

نظروا إلى الطبيب على أنه قد التزم تجاه المريض بعمل فيلزم أن يؤديه على وجهه بحكم الاتفاق أو العقد . فإذا قام بواجبه ولم يتجاوز أو يقصر لم يكن مسئولاً عما يحدث لمريضه مما لا يمكنه التحرز عنه ، لأن القاعدة أن ( ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه ) . ولا يختلف الأمر إذا تعهد بشفاء مريضه ، لأن التزامه بالتعمير القانوني التيام يبدل عناية ، هو العلاج والمجيء للمريض وتعمده ، لا بتحقيق غاية أو شفاء المريض ، لأنه ليس في مقدوره فلا يصلح مثل هذا الالتزام أن يكون محلاً للعقد . يدل على وضوح هذا المفهوم لدى الفقهاء ما حكم به الحلواني في قضية صبية سقطت من السطح ( فانتفخ رأسها ، فقال كثير من الجراحين إن شققم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت ، وأنا أشقه وأبرئها ، فشقه ثم ماتت بعد يوم أو يومين ، هل يضمن ؟ فتأمل ملياً ثم قال : لا يضمن . إن كان الشق بإذن . وكان معتاداً . ولم يكن فاحشاً خارج الرسم . فقل له : إنما أذنوا بناء على أنه علاج مثلها . فقال : ذلك لا يوقف عليه ، فاعتبر نفس الإذن قيل له : فلو كان قال هذا الجراح : إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال : لا )<sup>(١)</sup> .

ويدل ما قاله الحلواني على أن التزام الطبيب بالشفاء لا يغير من طبيعة التزامه ، وأن سبب ضمان الطبيب هو التعدي الذي يقاس بفوات أى من الشروط التي ذكرها هذا الفقيه الحنفى ، وهي :

- ١ - أن يكون التدخل الجراحي للطبيب بإذن المريض أو وليه .
  - ٢ - أن يوافق تدخله المعتاد بين الأطباء والمألوف في عملهم .
  - ٣ - موافقة رسوم مهنة الطب وأصولها الفنية . ويتجاوز عن الخروج عن المألوف الذي لا يرقى إلى مرتبة الإهمال أو التعدي . أما الخروج الفاحش أو الجسيم على أصول المهنة ورسومها فيعد من التعدي الموجب للضمان .
- والخلاصة أن أساس ضمان الطبيب في الشريعة هو التعدي لا الضرر الذي قد يحدث للمريض .

(١) مجمع الضمانات : ص ٤٨ ، وحاشية الطحطاوى : ٢٧٦/٤ .

٤٤٩ - نوع خطأ الطبيب : ساد الاتجاه في التفكير القانوني إلى إلحاق

خطأ الطبيب بالمسئولية التقصيرية ، وخاصة في تلك الأحوال التي لا يكون خطأه ذا صلة مباشرة ب تلك العلاقات التعاقدية التي بين الطبيب والمريض ، كما لو أخطأ خطأً كتابيا في مقادير جرعات الدواء مما تسبب عنه وفاة المريض ، وكما لو عالجته دون إذنه أو إذن ولي أمره إن كان المريض قاصرا . وهذا هو الاتجاه المعمول به في مصر والراجح فقها وقضاء منذ أن أصدرت المحكمة العليا عام ١٩٣٦ م حكما أكدت فيه ( أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية بعيدة كل البعد عن المسؤولية التعاقدية ) . وقد ثبتت سوزيا هذا الاتجاه كذلك . وشاذ اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية في فرنسا إلى ما بعد انقضاء الثلث الأول من القرن الحالي . غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكما عام ١٩٣٦ م باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية ، بناء على أن مصدرها هو الاتفاق بين الطبيب والمريض أو نائبه . وفائدة اعتبارها من قبيل المسؤولية العقدية إعفاء المدعي من مسؤولية إثبات خطأ الطبيب وافترض خطئه افتراضا قابلا لإثبات العكس ، بأن يثبت الطبيب أنه قام بالوفاء بواجبه العقدى وفق الأصول الفنية للمهنة<sup>(١)</sup> ولعل الدافع إلى اعتبار خطأ الطبيب خطأ عقديا هو الرغبة في تيسر حصول المتضرر على حقه في التعويض عن طريق افتراض خطأ الطبيب وعدم تكليف المدعي بإثبات هذا الخطأ الذي لا يستطيعه في معظم الأحوال لتعقد الخبرة الطبية وعجز المريض في معظم الأحوال عن فهم عمل الطبيب وإدراك الأصول الفنية التي يقوم عليها العلاج . ولا يجب على المدعي بمقتضى هذا التعديل للمسئولية إلا إثبات قيام عقد بينه وبين الطبيب الذي لم ينفذ التزامه ، وأن الضرر قد نشأ نتيجة عدم الوفاء بهذا الالتزام .

٤٥٠ - ولا حرج من الوجهة الفقهية في نقل عبء الإثبات إلى المدعي

عليه وافترض خطئه لمكان التهمة وتعلل تكليف المدعي به ، قياسا على الحكم في تضمين الصانع ، حيث أخذ فقهاء الصحابة طبقا لما سبق بيانه بافتراض خطأ

(١) للمسئولية المدنية للأستاذ حسين عامر : ص ٩٨ ، والوسيط للسنهوري : ٨٢١/١ : ومسئولية الطبيب للأستاذ عبد السلام النورحي : ص ٩١ .

الصناع في دعواهم تلف ما يأخذونه من أموال الناس ، ولم يوجبوا على المدعين إثبات خطأ هؤلاء الصناع لعجزهم عن ذلك ، فإن الأموال في أيدي هؤلاء الصناع ، ولا يدري أصحابها كيف تصرفوا فيها ولا أين حفظوها . وإذ رأى الصحابة نقل عبء الإثبات مع أن البيئة على المدعى وأجازوا للمدعى عليه دفع التهمة عن نفسه بإثبات حدوث التلف بأمر لا يمكن التحرز عنه ، وذلك لمصلحة حفظ أموال الناس ، فإنه يجوز اتباع الحكم بنقل عبء الإثبات في خطأ الطبيب من باب أولى ، لتعلقه بمصلحة أوجب في الاعتبار الشرعى ، وهى حفظ دماء الناس وحياتهم .

ويغلب في الذهن أن يكون خطأ الطبيب في التصور الفقهي خطأ عقديا ، إذ يجب على المتضرر إثبات عقد يبين الطبيب ، وأن هذا الطبيب يخالف ما تقتضيه العلاقة التعاقدية القائمة بينهما . يدل على هذا المعنى ما جاء في مجمع الضمانات فيما ( لو استأجر حجاما ليقطع له سنا فقلع ، فقال صاحب السن : ما أمرت بقلع هذا كان القول قوله ويضمن )<sup>(١)</sup> . وقضية هذه المسألة وجود العلاقة التعاقدية بين المريض والحجام ، بدلالة التعبير بالاستعجار ، وإدعاء المريض مخالفة الحجام مقتضى هذه العلاقة . وكان الأصل أن يكلف مدعى المخالفة ، التى ثبتت دينا في ذمة المدعى عليه ، بعبء إثباتها . لكن ذهب الفقهاء ، كما هو الحكم في هذه المسألة ، إلى أن القول قول المدعى ، لا يكلف بإثباته بناء على أن الإذن مستفاد من جهته فيصدق فيه . ويعبر هذا التعليل عن رغبة الفقهاء في تغليب الحفاظ على مصلحة المرضى ، فإنهم لا يعرفون عند التعاقد الأصول الفنية التى ينبغى على الطبيب اتباعها لملاجهم .

٤٥١ - غير أن بعض الفقهاء فيما يظهر لى قد اعتبروا خطأ الطبيب من قبيل الخطأ التقصيرى . يدل على هذا الاتجاه إطلاق القاعدة الفقهية القاضية بأن ( ضمان الأدمى بالجناية لا بالعقد )<sup>(٢)</sup> . وقد استند الفقهاء في تحديد ضمان

(١) مجمع الضمانات : ٤٨ .

(٢) مجمع الضمانات : ٢٨ ، ٣٧ .

الأجير المشترك بما هو مضمون بالعقود من الأموال . ولذا لا يضمن الملاح كما جاء في الهداية من غرق في السفينة أو من يسقط من الدابة ، إلا أن يتسبب فيه ، وعلى المدعى إثبات خطأ الأجير المشترك إذا تعلق الضرر بالنفس أو بما دونها . لكنه لا يكلف إثبات هذا الخطأ في ضمان الأجير المشترك للأموال <sup>(١)</sup> . ومفاد هذه القاعدة أن الطبيب لا يضمن ما يحدث للنفس الإنسانية وما دونها إلا إذا أثبت المتضرر خطؤه . ويرشد هذا إلى اعتبار بعض الفقهاء خطأ الطبيب خطأ تقصيرياً لا خطأ عقدياً ، وأنه يضمن ضمان العدوان لا ضمان العقد . ولا يبقى لهذا الخلاف فائدة إذا اتفق على جواز نقل عبء إثبات خطأ الطبيب من المدعى .

#### ٤٥٢ - أنواع الخطأ :

( أ ) يعد مجرد تصدى الطبيب الجاهل لهذه المهنة خطأ يوجب ضمان أى ضرر يحدث للمريض . وقد نصت السنة على هذا المعنى ، فقد روى أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ : ( من تطيب ولم يعلم منه الطب قبل ذلك فهو ضامن ) <sup>(٢)</sup> . ويشترط البعض لضمان الجاهل بالطب ألا يعلم المريض جهل هذا الطبيب وأن يستر على المريض جهله . وفي هذا يقول ابن القيم : المتطبيب الجاهل ( إذا باشرت يده من يخطئه فتلّف به ، فهذا إن علم الجهني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طيه لم يضمن . ولا يخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غرّ العليل وأوهمه أنه طبيب ، وليس كذلك . وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طيه لأجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده . وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحلقه فتلّف به ضمنه . والحديث ظاهر فيه . أو صريح ) <sup>(٣)</sup> . وتبدو مسؤولية الطبيب الجاهل مسؤولة مطلقة Stricter Liability بحيث لا يلزم إثبات خطئه ، ويكفى تصديه للعلاج بجراحة

(١) السابق : ص ٢٨ .  
(٢) أبو داود : باب لمن تطيب بغير علم ، والنسائي في التسمية : باب صفة شبه البعد ، وابن ماجة في الطب ، باب من تطيب ولم يعلم منه طب .  
(٣) زاد للمعاد في هدى خير المياد : ١٤٠/٤ .

أو وصف دواء ، سواء علم المريض جهله أو لم يعلم على رأى وباشرط اغترار العليل به وعدم معرفته بحال هذا الطبيب على رأى آخر . والأولى فيما يظهر لى ألا يشترط اغترار العليل إعمالا لإطلاق الحديث ، ولأن ظاهر الحال يدل على هذا الاغترار فإن أحدا لا يرضى بإضرار نفسه . فإقدامه على الإذن للطبيب بالجراحة أو بوصف الدواء دليل على ثقته في خبرته ، فإذا انعدمت هذه الخبرة دل هذا على الاغترار<sup>(١)</sup> .

(ب) أما الطبيب الحاذق الذى أعطى الصنعة حقها بتعمير ابن القيم فإنما يضمن فى الأحوال التالية :

أولا : إذا لم يأذن له المريض أو وليه فى تدخله الجراحى ، كأن يقطع غدة ( من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه ، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف ، فقال أصحابنا يضمن ، لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه . وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن )<sup>(٢)</sup> . وقد ثار جدل فقهى حول أثر الإذن فى إسقاط الضمان أو إيجابه ، بناء على أن الضمان بالتعدي ، فرأى البعض أنه لا أثر للإذن فى إسقاط الضمان إن كان الطبيب متعدياً ، كما أنه لا أثر له فى إيجابه إن لم يكن متعدياً . ويرد الذين اشترطوا الإذن هذا الرأى ، بناء على أنه لا حق له فى القطع ببلون إذن من له حق الإذن فكان متعدياً ( عند عدم الإذن غير متعدي عند الإذن )<sup>(٣)</sup> .

ثانياً : إذا أخطأت يده فى الجراحة وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته ، كأن تسبق يده إلى جزء صحيح من العضو فيستأصله ، أو إلى شريان أو عصب غير مقصود له ، ( فهذا يضمن لأنها جناية خطأ . ثم إن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلة . فإن لم تكن عاقلة فهل تكون الدية فى ماله أو فى بيت المال ؟ على

(١) فى قضية Brown V. R. حكم القضاء الإنجليزي بالضمأن على صيدل تظاهر بأنه طبيب . وأعطى السيد براون دواء تسبب لى وفاته . وقد دافع عن نفسه بأنه اضطر إلى هذا التظاهر لعدم وجود طبيب بالمستشفى . ومع ذلك حكم عليه بالتعويض .

(٢) زاد للمعاد لابن القيم : ١٤١/٤ .

(٣) السابق .

قولين .. فإن لم يكن بيت مال أو تعلم تحميله ، فهل تسقط الدية أو تجب في مال الجاني ؟ فيه وجهان . أشهرهما سقوطها <sup>(١)</sup> .

ثالثا : إذا اجتهد الطبيب الخاذق ( فوضف للمريض دواءً فأخطأ في اجتباؤه فقتله ، فهذا يخرج على روايتين : إحداهما : أن دية المريض في بيت المال . والثانية : أنها على عاقلة الطبيب . وقد نص عليهما الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم <sup>(٢)</sup> .

٤٥٣ - لكن إذا لم يخطئ الطبيب ولم يقصر فإنه لا يضمن إذا كان مأذونا له بالعلاج ، لوجوبه عليه بمقتضى العقد ولا ضمان في أداء الواجب . وقد نص ابن القيم على الحكم فيما يتولد عن فعل الطبيب الخاذق المأذون له بممارسة العلاج من تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة بأنه ( لا ضمان عليه اتفاقا ، فإنها سرابة مأذون فيه . وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت ، وسنه قابل للحن ، وأعطى الصنتعة حقها ، ف تلف العضو أو الصبي لم يضمن ) <sup>(٣)</sup> . وفي هذا يتفق الفقهاء وإن اختلفوا في تعليل رفع المسؤولية ، فذهب أبو حنيفة إلى أن علة رفع مسؤولية الطبيب تتألف من إذن الشارع بممارسة هذه المهنة لمصلحة المجتمع وإذن المريض بعلاجه . ويشير المالكية في تعليلهم لرفع هذه المسؤولية إلى إذن الحاكم ، كما يشير الشافعية والحنابلة إلى قصد صلاح المريض وانتفاء قصد الإضرار به <sup>(٤)</sup> .

٤٥٤ - الملحقون بالأطباء : يلتحق بالأطباء في المسؤولية من في حكمهم ممن يتعمدون البدن الإنساني ، ويتناولون كما يقول ابن القيم كل ( من يطب بوصفه وقوله ، وهو الذي يخص باسم الطبائى ، ويمروده وهو الكمال ،

(١) السابق : ١٤٠/٤ .

(٢) السابق : ١٤١/٤ .

(٣) السابق : ١٣٩/٤ .

(٤) مسؤولية الأطباء للمرحوم محمد أبى زهرة ، مقال بمجلة لواء الإسلام ، السنة العشرين : ص ٥٣ ، وانظر نهاية المحتاج : ٣٢/٨ ، وندائع الصنائع : ٣٠٥/٧ ، وللتنبي : ٣٤٩/١٠ ، ومواهب الجليل : ٣٢١/٦ ، والتشريع الجنائي الإسلامى لمبد القاهر حمودة : ٥٢١/١ وما بعدها ، وافتق الإسلامى وأدته للدكتور وهبة الزحرجل : ٣٦/٤ ، ٤٤٩/٥ .

وبعضه ومراحمه . وهو الجراثيمي ، وبموساه وهو الختان ، وبيرشته وهو الفاسد ، وبمحاجمه ومشروطه وهو الحجام ، وبخلعه ووصله ورباطه وهو الجبر ، وبمكواته وناره وهو الكواء ، وبقرته وهو الحاقن ، وسواء كان طبه لحيوان بهيم أو إنسان ، فانسم الطيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم . وتخصيص الناس له ببعض أنواع الأطباء عرف حادث <sup>(١)</sup> . وقد عالج الفقهاء أحكام ضمان الحجام والقصاص والبزاع والختان بما لا يخرج عما سبق في ضمان الطيب ؛ ففى تبصرة الحكام أنه ( إذا أذن الرجل لحجام يفصده أو يحتن ولده أو البيطار فى دابة فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلفت الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن . قال ابن رشد : وحكى القاضى أبو محمد رأيه بالضمان لأنه قتله خطأ . أما إذا كان جاهلاً أو فعل غير ما أذن له فيه خطأ أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ضمن ما تولد عن ذلك . قال ابن عبد السلام : وينفرد الجاهل بالأدب ، ولا يؤدب الخطيء . وهل يؤدب من لم يؤذن له ؟ فيه نظر <sup>(٢)</sup> .

وناقش البغدادى فى مجمع الضمانات ضمان القصاص ومن معناه كالبزاع والحجام والختان ضمن حديثه عن ضمان الأجراء من الملاحين والصائغين والحدادين والنقاشين والصباغين مما يدل على شيوع النظرة إلى عقد العلاج على أنه من عقود الإيجارات المنفردة عن غيره بخصائص تميزه ، وهو ما دعا الفقهاء إلى إفراده بمبحث خاص للعلاج أحكامه . وقد اتجه التفكير القانونى الوضعى إلى اعتبار عقد العلاج عقدا قائما بذاته بعد استمرار الجدد حول طبيعة هذا العقد من الوجهة القانونية . ولم يحظ بالقبول إلحاق هذا العقد بالوكالة أو اعتباره من عقود إيجار الأشخاص أو من عقود الاستصناع فلزم التسليم بطبيعته الخاصة <sup>(٣)</sup> .

٤٥٥ - الخطأ العلمى : لم تصل العلوم الطبية إلى الكمال ، ولا يزال الطبيب مضطراً إلى أعمال تقديراته الخاصة فى النظر إلى الأعراض المرضية ، مستعيناً بخبرته المهنية والآراء العلمية المختلفة ، مما يؤدى إلى الوقوع فى الخطأ أحياناً

(١) زاد اللام: ١٤٢/٤ .

(٢) تبصرة الحكام: ٣٤٨/٧ .

(٣) المسئولية المدنية للطبيب فى الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد السلام التومى : ص ٢٤٢ ، ٢٥٣ .

كثيرة . فهل يجب عليه الضمان إذا اجتهد في التشخيص للمرض فأبان عضوا لم يكن للمريض حاجة لإباته ؟ ومن جنسه لو وصف له دواء لا يحتاجه مستندا إلى تشخيصه الخاطئ فهل يجب الضمان لو أضر به ؟ .

لا شك في أن الطبيب غير ملوم من الناحية الخلقية لمثل هذه الأخطاء التي لا يسمح أكبر العلماء التحرز عنها ، ما دام قد أعطى الصنعة حقها وتحري الدقة في عمله واجتهد في تطبيق النظريات العلمية المعتمدة . غير أن العدل يقتضي النظر إلى مصلحة المتضرر وتعويضه عما ألم به تطبيقا للقاعدة الشرعية : لا يطل دم في الإسلام . ولهذا تردد الفقهاء في إلقاء واجب التعويض على بيت المال أو على عاقلة الطبيب ، نظرا لأن ما وقع منه لا يعد خطأ بالمعنى الحقيقي ، فقد اجتهد وهو مؤهل لهذا الاجتهاد ، لكنه أخطأ في اجتاده لتشابه العلامات والأمارات . وهذا هو المعنى الذي التفت إليه القائلون بإيجاب التعويض على بيت المال . ولا يعنى إلقاء التعويض على عاقلة الطبيب عند من يقول به مؤاخذته واعتباره متعديا بقدر ما يقصد إلى البحث عن مصدر لتعويض المتضرر عما لحق به .

أما إذا أخطأ الطبيب خطأ يدل على جهل فاضح فلا يعلر به ، ويحمل مسؤولية مثل هذا الخطأ . من ذلك فيما أحسب أن يجري الطبيب جراحة لمريضة على أنها تعاني من ورم في رحمها بقصد استئصال الرحم فإذا هي حامل . وتحجب ديتها إذا ماتت من هذه الجراحة ، كما تحجب الغرة إذا ماتت جنينها . ومن جنسه أن يخطئ طبيب الأشعة في قراءة الصورة ولا يكشف وجود كسر في الفخذ أو الزراع على نحو لا يخطئ مثله في مثل ذلك ، فيضمن ما يترتب على هذا الخطأ ، ولا يعلر الطبيب به .

ويجب على الطبيب العناية بمريضه والتبصر والتحوط في علاجه ، فلو أعطاه دواء لا يناسبه دون إجراء الاختبارات اللازمة فمات منه وجب الضمان على الطبيب . وقد جاء في كتاب معالم القرية في أحكام الحسبة أن ( الطبيب يعتبر مسؤولا إذا كان العلاج الذي أمر به على غير مقتضى الحكمة وصناعة الطب

من غير تفريط ولا تقصير<sup>(١)</sup> . أما إذا بذل من العناية ما يجب عليه فلا يضمن ما يترتب على فعله ، فلو قلع الطبيب السن التي أمره المريض بقلعها على الوجه الذى توجيه رسوم المهنة وأصولها . (فانقلع سن آخر متصل بهذا السن لا يضمن)<sup>(٢)</sup> . ويضمن ما أهمله ، فلو (فصد نائماً وتركه حتى مات بسيلائه فإنه يقاد)<sup>(٣)</sup> .

---

(١) معام القرية في أحكام الحسبة لابن الأعمدة الشافعى ، تقلد من المسؤولية المدنية للطبيب الأستاذ محمد السلام التونجى : ص ٣٦٦ .  
 (٢) مجمع الضمانات : ص ٤٨ .  
 (٣) السابق .

### المبحث الثالث : المسؤولية عن الحيوانات

٤٥٦ - تقديم : خص الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية بمباحث وفصول أوردت لتناول أحكامها ، لكثرة الحوادث والأضرار التي تتسبب فيها وخاصة في المجتمعات الزراعية . وقد كشف تقرير لجنة بيرسون Pearson أن عدد الحوادث التي تتسبب فيها الحيوانات في بريطانيا في العام الواحد يقرب من خمسين ألف حادثة في أيامنا هذه . ويكفي هذا الإحصاء للدلالة على أهمية الالتفات إلى أحكام هذا النوع من المسؤولية . ويقوم تناول الفقهي للمسؤولية عن الحيوانات على عدة أسس أهمها :

١ - مسؤولية الإنسان عن حيواناته ليست مسؤولية مطلقة ، وأنه إنما يسأل عنها إذا أخطأ بإهماله في حفظها .

٢ - الضرر الذي أحدثه الحيوان دون خطأ من صاحبه غير مضمون عليه . وهو مفهوم القاعدة القاضية بأن العجماء جرحها جبار .

٤٥٧ - وقد دأبت النظم القانونية البدائية على عدم الفصل بين فعل الحيوان وبين فعل مالكه ، واعتبرت المالك مسؤولاً مسؤولية مطلقة عما يقع من حيواناته ولو لم يقصر في شيء . ويلاحظ دياس وزميله أن تطور مفهوم الإهمال في القانون الإنجليزي في القرن التاسع عشر كان من المفروض أن ينهي هذه المسؤولية المطلقة عن فعل الحيوانات ، وأن يقضي إلى تأسيس هذه المسؤولية على هذا المفهوم ، بحيث لا يسأل صاحب الحيوان عما لم يتسبب فيه بإهماله أو تعله . غير أن الرغبة في تشديد المسؤولية على أصحاب الحيوانات للبحث على حراسها ومنع أذاها عن الناس هو الذي أدى إلى بقاء هذه المسؤولية المطلقة فترة أخرى . وقد تغير مفهوم المسؤولية عن الحيوانات في القانون الإنجليزي عام ١٩٧١ حين صدر Animals Act ، وأصبح خطأ المالك أو إهماله هو الأساس الذي تقوم عليه مسؤوليته عما تتسبب فيه حيواناته من إيذاء للغير<sup>(١)</sup> .

(١) Dias and Markesinis, Tort Law, P. 280

٤٥٨ - جناية العجماء : عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : ( العجماء جرحها جبار ) ، أى هدر وباطل . وظاهره كما جاء في نيل الأوطار ( أن جناية البهائم غير مضمونة . ولكن المراد إذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقوراً ولا فرط مالكةا في حفظها حيث يجب عليه الحفظ ، وذلك في الليل .. وفي أسواق المسلمين وطرقهم ومجامعهم )<sup>(١)</sup> . ومفاده اشتراط خطأ مالك الحيوان لاعتباره مسؤولاً عما يتسبب فيه من ضرر . وهذا هو ما يفيدته ظاهر المادة ٩٢٩ من مجلة الأحكام العدلية ، ونصها : ( الضرر الذى أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه . ولكن لو استهلك حيوان مال واحد ورآه صاحبه ولم يمنعه فإنه يضمن . وكذا لو كان الحيوان مضراً كالثور النطوح والكلب العقور فتقدم إلى صاحبه واحد من أهل نخلته أو قريته بقوله له حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه فأتلف حيواناً ( آخر : أو غير ذلك من ماله ضمن صاحبه ) . وقد ورد هذا المعنى أيضاً في المادة ٢٢٧ من القانون المدنى العراقى ، ونصها : ( جناية العجماء جبار ، فالضرر الذى أحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه إلا إذا أثبت أنه لم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ) .

وترشد هذه النصوص إلى أن المالك ليس مسؤولاً مسؤولية مطلقة عن الأذى الذى يتسبب فيه الحيوان بفعله ، إلا إذا تسبب المالك بتقصيره وإهماله في إيقاع الحيوان لهذا الأذى ، فيسأل عنه . وإنما تهلر جناية العجماء إذا لم ينسب فعلها إلى تقصير صاحبها أو تعديه . وبهذا فإن قاعدة جناية العجماء جبار<sup>(٢)</sup> مقيدة غير مطلقة ، فقد قال الإمام الشافعى : ( ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار وفي حال غير جبار .. وفي هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت . فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً مما أصابت )<sup>(٣)</sup> . ويتضح من هذا النص أن مناط المسؤولية عن الحيوان هو الخطأ في حراسته ، وليس الخلاف بين الفقهاء في موضوع هذه

(١) نيل الأوطار : ٧٢/٦ وما يملأها حيث يخرج روايات هذا الحديث كذلك .

(٢) المادة : ٩٤ من المدلية .

(٣) اختلاف الحديث بينناش الأم : ٤٠٣/٧ .

المسئولية فيما يظهر لى إلا اختلافا فى تحقيق هذا المنطق وتطبيقه عمليا فى الظروف الواقعية .

٤٥٩ - آراء الفقهاء : مذهب الأحناف أن حارس الحيوان ضامن ما يتسبب فيه من الأضرار بفقلته وتقصيره ، وإلا لم يضمن ، فالراكب ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو غبطت ، لإمكانه التحرز عن ذلك كله ، لكنه لا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها ، لأنه لا يمكنه التحرز عن مثل ذلك . وقد نص محمد بن الحسن على أنه لا ضمان على الراكب إذا ضربت اللبابة ( بحافرها حصاة أو نواة أو حجرا أو شبه ذلك فأصابت إنسانا وهى تسير .. وهذا عندنا بمنزلة التراب والغبار ، إلا أن يكون حجرا كبيرا فيضمن ولو رأت أو بالت فى المسير فعطب إنسان بذلك لم يكن عليه ضمان . وكذلك : اللعب يخرج من فيها . ولو وقع سرجها أو لجامها أو شيء يحمله عليها من أذائها ( فأصابت إنسانا وهى تسير فمات كان ضمانا ومن عطب به بعد ما كان وقع على الأرض ، عثر به أو تعقل به ، فهو ضامن أيضا . والراكب والمرتدلف والسائق والقائد فى الضمان سواء )<sup>(١)</sup> . والمثار فى الضمان وعدمه على إمكان التحرز عن إضرار الغير بالنبيه واليقظة أو عدم إمكان التحرز ، فالحجر الكبير يمكن للسائق رؤيته وتجنبه على حين لا يمكن ذلك إذا كان الحصى الذى يثره صغيرا ، إلا إذا أجهزها بسرعة ثلر بها الغبار والحصى الصغيرة فإنه يضمن كذلك حسبا نه عليه بعض فقهاء الأحناف .

٤٦٠ - ولا يختلف مذهب المالكية عن ذلك وإن اختلفت تعبيراتهم عن نفي الضمان بنفى الخطأ ووجوبه لوجوبه . يقول القرافي : ( إن أرسلت الماشية بالغرب للرعى أو انفلتت فأثقلت فلا ضمان . وإن كان صاحبها معها ، وهو بالليل ، وأرسلها مع قدرته على منعها ضمن . وقالوا يضمن أرباب القطط المعتادة للفساد ليلا أرسلت أو نهرا . وإن خرج الكلب من داره فجرح ضمن ،

(١) المبسوط أو الأصل لـ محمد بن الحسن : ٤٠٥/٤ وما بعدها ، وانظر كذلك النهاية : ١٩٧/٤ وبنائع الصنائع : ٢٧٢/٧ وما بعدها والمبسوط للرمضى : ١٨٨/٢٦ وما بعدها ، والبحر الرائق : ٤٠٦/٨ وما بعدها ، وجميع الضمانات : ص ١٨٥ وما بعدها ، ومعين الحكام للطرابلسي : ص ٢٠٩ وما بعدها .

أو الداخل بإذن فوجهان ، أو بغير إذن لم يضمن . وإن أرسل الطير فالتقطت حب الغير لم يضمن ليلاً أو نهراً<sup>(١)</sup> . وإنما فرق المالكية بين إرسال الحيوانات ليلاً ، وأوجبوا به الضمان ، وبين إرسالها نهراً ولم يوجبوا به ضماناً إلا إذا كان معها حارس لها ، بناء على أن حفظ الزروع والحوائط كان مسعولية أصحابها نهراً في المجتمعات التي عاش فيها الأئمة المتقدمون من المالكية ، وبخاصة بيعة المدينة ، على حين كان المعتاد أن تحبس الحيوانات في مراحيها ليلاً ، فلا يضطر أصحاب الزروع إلى حراستها . ويدل على هذا المعنى ما ورد عن حرام بن عيصبة ( أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً فأفسدت فيه ، فقضى نبي الله ﷺ أن على الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشى بالليل ضمان على أهلها<sup>(٢)</sup> ) أي مضمون . لكن يبدو أن متأخرى المالكية وغوهم قد غاب عنهم هذا العرف فأوجبوا ضمان ما أفسدته المواشى بالليل على أهلها مطلقاً ، ونفوا ضمان ما أفسدته نهراً ، دون نظر إلى العرف السائد ، فغاب عنهم المعنى الذي قام عليه التفريق بين إرسال الحيوانات ليلاً أو نهراً في إيجاب الضمان ونفيه ، وهو ابتناء الضمان على أساس الإهمال ومخالفة الواجب في الحفظ .

ويتضح النظر إلى الخطأ في ضمان حارس الحيوان في غير مسألة الإرسال ، فقد نص القرافي على أنه إن رمت الدابة حصاة كبيرة أصابت عين إنسان ضمن من كان معها ، بخلاف الصغير ، لأنه لا يمكنه التحفظ منها . والتحفظ من الكبيرة بالتكسب عنها . ويذكر القرافي كذلك أن الراكب يضمن ما نفحت الدابة ( ييدها ، لأنه يمكنه ردها بلجامها . ولا يضمن ما أفسدت يرجلها وذنبها<sup>(٣)</sup> ) لأنه لا يمكن التحفظ من ذلك .

وقد التفت ابن فرحون إلى أن المناط في نفي الضمان بإرسال المواشى هو انتفاء الإهمال . يقول في ذلك : ( ما أفسدت البهائم في الزرع نهراً فلا ضمان

(١) الفروع للقرافي : ١٨٦/٤ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، انظر نيل الأوطار : ٧٢/٦ .

(٣) السابق : ١٨٧/٤ .

على أرباب المراضى . وأما بالليل فالضمان عليهم . والقول بنفى الضمان فيما أفسدته نهارا محمول على أن المراضى معها . راج ، وأما إن أهملها أهلها فهم ضامنون . وإذا سقط الضمان عن أرباب المراضى فيما رعت نهارا فضمنان ذلك عى الراعى إن فرط . وفى معين الحكم : إنما سقط عن رب الماشية ضمان ما أفسدته ما شيته نهارا من الزرع والحوائط إذا أخرج ما شيته عن جملة الزرع والحوائط بقائه بقوده إلى رعيها . وأما إن أهملوها بين الزرع والحوائط دون راع أو مع راع يضيع أو يفرط فربها ضامن لما أفسدته . ويضمن الراعى المفرط إلا أن يشد منها شيء بلا تغريط فلا ضمان . وأعلم أن سقوط الضمان فيما رعته البهائم نهارا إنما هو فى المواضع التى لا تغيب أهلها عنها . وأما إن كان الجنان مهملا لا يأتيه أربابه إلا فى أيام الجناذ فإن الضمان لازم فيما رعته نهارا (١) . وقية اتفاق ابن فرحون المالكي والطرابلسي الحنفى على النظر إلى عرف الناس فى حراسة حيواناتهم وزرعهم ، وإيجاب الضمان بمخالفة هذا الواجب .

٤٦١ - والنطاق فى هذا المذهب الشافعى هو مخالفة الواجب ، فيجب الضمان على حارس الحيوانات عندهم ، سواء أكان مالكا أم مستأجرا أم مودعا أم مستعورا أم غاصبا ، إذا خالف الواجب عليها . جاء فى المنهاج : ( من كان مع دابة أو دواب ضمن إتلافها نفسا ومالا ، ليلا ونهارا . ولو بالث أو رائت فى الطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان . ويحترز عما لا يعتاد كركض شديد فى وحل فإن خالف ضمن ما تولد منه .. وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعاً أو غيره نهارا لم يضمن صاحبها أو ليلا ضمن إلا أن لا يفرط فى ربطها أو حضر صاحب الزرع وتعاون فى دفعها . وكلنا إن كان للزرع فى محوط له باب تركه مفتوحا فى الأصح (٢) .

وإنما التفريق بين الضمان فى إرسال الدابة ليلا وبين عدم الضمان فى إرسالها نهارا ، فيما يذكره الخطيب ( لتقصيره (٣) بإرسالها ليلا بخلافه نهارا للخير الصحيح

(١) بصره الحكم : ٣٥٥/٢ .

(٢) مفتى المنهاج : ٢٠٤/٤ وما بعدها .

(٣) السابق : ٢٠٦/٤ ، وانظر للفتب : ١٩٤/٢ ، وحاشية الجبل : ١٧٥/٥ وما بعدها .

في ذلك ، رواه أبو داود وغيره . وهو على وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهرا والداية ليلا . ولو تعود أهل البلد لإرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلا دون النهار انعكس الحكم ، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهرا دون الليل اتباعا لمعنى الخبر والعادة . ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني أنه لو جرت عادة بحفظها ليلا ونهارا ضمن مرسلها ما أتلفت مطلقا<sup>(١)</sup> . وقياسه أنه لو كانت العادة الإرسال في مناطق معينة طول الوقت لم يكن مالكها متعديا بإرسالها ولا يضمن . وعليه يحمل ما ورد عن أبي حنيفة في عدم التضمن بالإرسال . ولا يسلم القول بنفى الضمان إن أسهم صاحب المال بفعله في الإضرار بنفسه ، كأن يترك الباب مفتوحا للداية التي أخطأ صاحبها بتركها فتدخل زرعه المخطط بسور . ووجه الاعتراض أن خطأ صاحب الزرع في ترك الباب مفتوحا لا يقطع خطأ حارس الدابة ، وغايته أن يعد ذلك من الإهمال المشترك الذي يوجب توزيع الضرر بنسبة الخطأ .

ومبنى المسؤولية عن الحيوانات عند الحنابلة هو تفريط الحارس Keeper الذي اصطلاح عليه الفقهاء بذي اليد . ومفاده وجوب الضمان بالتفريط والإهمال والتعدي وانتفاؤه بانتفاء هذه المعاني<sup>(٢)</sup> .

٤٦٢ - شروط المسؤولية عن الحيوانات : يشترط في الحيوانات الموجبة للمسؤولية أن تكون مملوكة لأحد ، وإلا لم يجب الضمان ، فلو انطلق الجراد أو الدود أو الأرتاب البرية أو الثعالب الهائمة على زرع أحد فأتلفته لم يضمن صاحب الأرض التي انطلقت هذه الحيوانات منها . وقد سئل البلقيني ( عما جرت به العادة من ولادة هرة في محل وتألف ذلك المحل بحيث تذهب وتعود إليه للإيواء ، فهل يضمن مالك المحل متلفها فأجانب بعدمه حيث لم تكن في يد أحد ، وإلا ضمن صاحب اليد )<sup>(٣)</sup> .

ويشترط كذلك توقع الضرر من الحيوان ما لم يقيد أو يحفظ ، فلا يضمن

(١) السابق : ٢٠٦/٤ ، وانظر للذهبي : ١٩٤/٢ ، وحاشية الجمل : ١٧٥/٥ وما بعدها .

(٢) كشاف القناع : ١٢٥/٤ .

(٣) حاشية الجمل : ١٧٩/٥ .

صاحب القطعة إذا تركها طليقة ما لم تكن معروفة بشراستها . ويقسم الفقهاء الحيوانات إلى ضارية يتوقع منها الإيلاء والإتلاف وإلى غير ضارية . والضارية هي المعتادة بالجنابة من البهائم والجوارح وشبهها ، بما يعد طبيعة في أفراد نوعها ، أو في أحوال خاصة بها كالكلاب والقطط التي ولدت حديثاً . وعلى مالك هذا النوع من الحيوانات أو ذى اليد عليها أن يتخذ من الاحتياطات ما يكفل عدم إضرارها بأحد . ولا حق له في إرسالها ، فمن أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو جملاً عضوياً على الناس في طرقهم ومصاطبهم ورحابهم فأتلف مالا أو نفساً ضمن لتفريطه . وكذا إن كان له طائر جارح كالصقر والبازي فأفسد طيور الناس وحيواناتهم لم يكن له أن يرسله ويضمن ما يتلفه . مثل هذا الطائر<sup>(١)</sup> . أما غير الضارية فلا ضمان على صاحبها إذا لم يفرط في حفظها وتعديها . وفي كشف القناع أن ( البهيمة النزقة التي لا تنضب بكبح ولا نحوه . ليس له ركوبها بالأسواق . فإن ركب ضمن لتفريطه . وكذا الرموح والعضوض<sup>(٢)</sup> ) . ولو كان الحيوان أليفاً لم يعهد منه إتلاف قبلاً فلا ضمان ، ولا يعد إرسالها تعدياً . لكن لو تكرر هذا منه ضمن صاحبه .

ويشترط للضمان كذلك خطأ حارس الحيوان بالتقصير والإهمال أو مجاوزة المعتاد . من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢٨ من القانون المدني العراقي ، ولفظها :  
 ١ - ( إذا أضر حيوان بمال شخص ورأه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً .  
 ٢ - ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أحدثاه من الضرر إذا تقدم إليه أحد من أهل محله أو قرته بالمحافظة على الحيوان ولم يحافظ عليه أو كان يعلم أو ينبغي أن يعلم بغيب الحيوان ) . وفي المادة ٢٢٩ من هذا القانون أنه  
 ١ - ( إذا أدخل شخص دابة في ملك غيره بدون إذنه ضمن ضرر تلك الدابة ، سواء كان ركباً أو سائقاً أو قائداً موجوداً عندها أو غير موجود . ٢ - أما لو انفكت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأحدثت ضرراً فصاحبها لا يضمن إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع تسرب الدابة . ٣ - وكذلك

(١) البهيمة والنزقة : ١٩٦/٥ .

(٢) كشف القناع : ١٢٨/٤ .

لو أدخل الدابة في ملك غيره بإذنه لا يضمن ضررها إلا إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع الضرر . وفي المادة ٢٣٠ من القانون نفسه أنه ١ - ( لا يضمن المار بالطريق العام راكبا أو قائدا أو سائقا الضرر الذي لا يمكن التحرز عنه ، فلو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الغير فلا ضمان . ٢ - أما الضرر الذي يمكن التحرز منه كمصادمة الدابة أو لطمة يدها أو رأسها فيضمنه ، إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوعه ) . وتقضى المادة ٢٣١ بأنه : ١ - ( لو أوقف شخص دابة بلا ضرورة أو ربطها في الطريق العام في غير المحل المعد لوقوف الدواب ضمن ضررها في كل الأحوال . ٢ - ويضمن الضرر من سبب الدابة في الطريق العام أو تركها تسرب إذا ثبت أنه لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع تسربها ) . وفي المادة ٢٣٢ من هذا القانون أنه : ١ - ( إذا أضرت الدابة التي ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أقي بها صاحبها وربطها في ملك الأول بدون إذنه فلا ضمان . وإذا أضرت هذه الدابة دابة صاحب الملك ضمن صاحبها . ٢ - وإذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما حق الربط فيه فأضرت إحدى الدابتين الأخرى فلا ضمان إلا إذا أثبت صاحب الدابة التي أصابها الضرر أن الآخر لم يتخذ الحيلة الكافية لمنع هذا الضرر . ٣ - وإذا ربط شخصان دابتهما في محل ليس لهما حق الربط فيه وأضرت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخرا فلا ضمان . وإذا كان الأمر بالعكس لزم الضمان ) .

وعلى الرغم من هذا التفصيل المعيب من الناحية الفنية في الصياغة القانونية فإن هذه المواد الخمس تجمل أنواع الأخطاء التي تصدر من حارس الحيوان والتي توجب الضمان . ولا يخفى تشابه هذه المواد في صياغتها مع اللغة الفقهية حتى تبدو مترعة من بطون الكتب الفقهية ، ولذا آثرت نقلها بتابعها لتوضيح اشتراط خطأ الحارس .

٤٦٣ - الحارس المسؤول : تقدم أنه لا ضمان فيما تتلفه الحيوانات التي لا يملكها أحد . ومفاده اشتراط ملكية الحيوان لضمان ما يفعله وإلقاء المسؤولية على مالكه أو من ينوب عنه في انتقال الحراسة القانونية إليه كالمستأجر والمودع

والمستعير والغاصب والسائق والقائد والراكب والراعى والبيطرى . وإنما ينتقل واجب الحراسة إلى المستأجر والمستعير والغاصب والبيطرى طوال فترة الإجارة والإعارة والغصب والعلاج . ولا تكفى الحراسة القانونية وحدها لإيجاب الضمان ، وإنما يشترط كذلك الحراسة المادية التى عنها الفقهاء إثبات اليد . وهذا هو ما يفيد قول صاحب المبدع على سبيل المثال : ( وما أتلقت البيمة فلا ضمان على صاحبها إذا لم تكن يد أحد عليها )<sup>(١)</sup> ، فمعناه أن مجرد الملك أو الحراسة القانونية لا يكفى لإيجاب الضمان ، وإنما يشترط كذلك إثبات اليد . ولذا فإن الحيوان لو انفلت من صاحبه رغما عنه ولم يكن فى الوسع استعادة السيطرة عليه فى الحال فأضر فى انفلاته بأحد فى نفس أو مال لم يجب ضمان إلا إذا رجع الانفلات إلى إهماله .

والمرتحن وعامل القراض كالمالك فى إيجاب الضمان ، ويصير إليهما واجب الحراسة<sup>(٢)</sup> . أما الراعى فيضن عند الأحناف ما تولد من فعله ولا يضمن ما يرجع إلى فعل الحيوانات ، ففى مجمع الضمانات أن ( البقار إذا غاب عن الباقورة فوقعت فى زرع فأفسدته لا يضمن )<sup>(٣)</sup> . على الرغم من إهماله بهذا الغياب . أما ( إذا أرسلها فى الزرع أو أخرجها من القرية وهو يذهب معها حتى وقفت الباقورة فى الزرع أو أتلقت مالا فى سنتها ضمن )<sup>(٤)</sup> . والعبرة عند غيرهم بوقوعه فى التقصير والإهمال<sup>(٥)</sup> .

٤٦٤ - وللحارس رفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه الاحتراز عما وقع من الضرر لغيره ، أو أن الضرر حصل بخطأ المجنى عليه . ( بناء عليه لا يضمن من يمر فى الطريق العلم راكبا على حيوانه الضرر والخسار اللذين لا يمكن التحرز عنها . مثلا لو ألتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب

(١) للمبدع : ١٩٦/٥ .

(٢) كشف القناع : ١٢٦/٤ .

(٣) مجمع الضمانات : ص ٣٣ .

(٤) السابق .

(٥) تهمة المكلم : ٣٣٩/٢ .

الآخر أو رفضت برجلها المؤخرة ، أو لطمت بذيها وأضرت لا يلزم الضمان . ولكن يضمن الراكب الضرر والخسار الذي وقع من مصادمتها أو لطم يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك (١) . ومن دفع المسئولية بفعل المضروب ما قاله محمد فيما إذا سار الرجل على دابة في الطريق فنخسها رجل أو ضربها فنفتحت الناحس فيكون ذمه ههنا (٢) . لكن لو نخسها بإذن الراكب وأمره كان هذا بمنزلة فعل الراكب (٣) . وفي معنى المحتاج أن الضمان عليهما إن أذن الراكب في النخس (٤) . ومن جنسه أن يبيع كلبا فيعضه أو يدخل دارا بها كلب عقور بلا إذن صاحبها ، أو بإذنه وهو يعلم حال هذا الكلب ، فلا يضمن صاحب هذا الكلب ، لأن المتضرر هو المتسبب في الإضرار بنفسه (٥) .

٤٦٥ - ويظهر لي أن خطأ حارس الحيوان عند الفقهاء المسلمين خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس في أحوال معينة ، من بينها أن يربط دابته أو يوقفها ( في الطريق العام ، فلو فعل ضمن جنابها على كل حال ، سواء رفضت يدها أو رجلها أو ذيلها أو جنت بسائر الوجوه ) (٦) . وكذلك ( من سبب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته ) (٧) . ومنه أن يدخل دابته ملك غيره بلا إذن هذا الغير فإن الضمان يجب على من أدخلها مطلقا .

ويعد خطأ حارس الحيوان خطأ مفترضا قابلا لإثبات العكس فيما يظهر لي في أحوال أخرى ، من بينها حدوث الضرر من حيوان معه ذو يد عليه كقائد أو راكب أو راع فيضمن الحارس إلا إذا أثبت أنه لم يكن بوسعه التحرز عن الضرر ، كما لو نشأ بالعتار في روث الحيوان أو بوله أو برفسه بمجروح لا يستطيع السيطرة عليه . ولو أتلف حيوان مال غير صاحبه ، ورآه ولم يمنعه فإنه يفترض خطؤه ويضمن ما لم يثبت أنه لم يكن بوسعه أن يمنعه .

(١) المادة : ٩٣٢ من مجلة الأحكام العدلية . (٥) السابق : ٢٠٨/٤ ، وحاشية الجمل : ١٧٥/٥ .

(٢) للمسوط أو الأصل محمد : ٥٦٠/٤ . (٦) المادة : ٩٣٤ من العدلية .

(٧) المادة : ٩٣٥ من العدلية .

(٣) السابق .

(٤) معنى المحتاج : ٢٠٤/٤ .

ويبدو لي أن المسؤولية عن فعل الحيوانات مبنية في بعض الأحوال الأخرى على مفهوم الخطأ الثابت ، بحيث يجب على المتضرر إثبات خطأ حارس الحيوان أو تقصيره لإيجاب الضمان عليه . من ذلك أن إتلاف الحيوان أموال الغير وهو مرسل لإرسال لا يعد بحذ ذاته من التعدي ، كإرساله في المراعى أو إذا كان الحيوان لا تجرى عادة الناس بتقييده أو غير ضار بطبيعته . ولا يضمن صاحبه في هذه الأحوال إلا إذا ثبت خطأ حارسه . وترشد المادة ٢٢٧ من القانون المدني العراق إلى أن أساس المسؤولية عن الحيوانات في هذا القانون هو مفهوم الخطأ الثابت لا المفترض ، مما يعنى إلقاء عبء إثبات الخطأ على المتضرر في الأحوال كلها ، ولا يخفى ما فيه من الحرج أحيانا .

ويظهر لي أن اختلاف الأسس باختلاف الظروف التي حدث فيها الضرر وباختلاف طبيعة الحيوان هو الأقرب إلى النصوص الفقهية . والضابط الذي يستند إليه القاضى في اختيار أى من هذه الأسس هو دلالة الظاهر على خطأ الحارس وتقصيره ، فإن دل الظاهر على خطئه يبين وجب عليه الضمان ، ولم يكن له الحق في إثبات تحوطه ، وقد سبق ذكر أمثله . أما لو دل الظاهر على هذا الخطأ دون تيقن فإن الخطأ المفترض للحارس قابل لإثبات عكسه . وفي غير هذا فإن الظاهر لو لم يدل على خطأ الحارس كان الواجب على المتضرر هو إثبات ما يدعيه من خطأ المتضرر ..

وأحسب أن هذا هو الأقرب إلى منطق الفقهاء المسلمين في تعريفهم للمدعى بأنه هو الذى يطالب بإثبات خلاف ما يدل عليه الظاهر ، فتجب عليه البينة لذلك إذا لم يدل الظاهر على خطأ الحارس .. أما إذا دل الظاهر على خطئه فيفترض هذا الخطأ افتراضا قابلا لإثبات عدمه أو غير قابل لذلك تبعاً لدرجة دلالة الظاهر على هذا الخطأ .

٤٦٦ - دفع الضمان بعدم التعدي : لا يجب الضمان على حارس الحيوان إذا تمهيد في حراسته بأحكام الشارع وأعراف الناس وعاداتهم ، فلا يضمن لهذا ما تتلفه الدابة وهى في حظيرتها أو في موقف أعد لوقوفها بإذن الإمام أو في ملك الغير بإذنه . وفي المادة ٩٣١ من مجلة الأحكام العدلية أنه (إذا أدخل واحد دابة

في ملك غيره ، فإن أدخلها بإذنه لا يضمن جنايتها ) . وفي المادة ٩٣٠ من هذه المجلة أنه ( لا يضمن صاحب الدابة إذا لطمت يديها أو رأسها أو ذيلها أو رفست برجلها فأضرت بواحد حال كونها في ملكه راكبا كان أو لم يكن ) . وفي المادة ٩٣٩ من المجلة أنه ( إذا ربط شخصان دابتهما في محل لهما فيه حق الربط فأتلفت إحدى الدابتين الدابة الأخرى فلا يلزم الضمان . مثلا لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان ) .

ولا يجب الضمان إذا صال الحيوان على إنسان قتلته في مذهب الجمهور لعدم تعدى المصنول عليه ، وثبوت حق الدفاع الشرعى له . وهو مذهب ، مالك ، والشافعى ، وأحمد<sup>(١)</sup> . ويخالف الأحناف فيرون حق صاحب الدابة في قيمتها إذا أتلفها المصنول عليه ، لأن صيالتها ينشوء حالة الضرورة ، والاضطرار لا يبطل حق الغير كما هو القاعدة<sup>(٢)</sup> . وينطبق الحكم الذى أعلنت به المحاكم الانجليزية عام ١٩٤٨ مع مذهب الجمهور ، وذلك في قضية *Creswell V. Sirl* فقد هاجم كلب المدعى حيوانات المدعى عليه الذى عاجله بإطلاق النار عليه ، وهو على بعد أربعين ياردة ، عندما بدأ في التقدم صوبه . وحكمت المحكمة بتبرئة المدعى عليه من الضمان ، لأن الكلب قام بمهاجمة الحيوانات فعلا ، وكان على وشك الهجوم على المدعى عليه نفسه لو لم يقلومه ، ولهذا بدأ أن يطلق النار هو الوسيلة المناسبة لدفع هذا الهجوم<sup>(٣)</sup> .

٤٦٧ - في القانون الانجليزى : عنى هذا القانون بضبط أحكام المسؤولية عن الحيوانات استجابة للحاجة الاجتماعية إلى هذا الضبط . وفي تقرير لجنة *Pearson* إشارة إلى هذه الحاجة ، حيث بلغت الأضرار التى تتسبب فيها الحيوانات ما يقرب من خمسين ألف حالة ، تتضمن وفيات عديدة . وتتسبب

(١) الفروق للقرائ : ١٨٥/٤ ، والألم : ١٧٢/٦ ، والمهلب : ٢٢٥/٢ ، ومضى الحاج : ١٩٥/٤ ، والمدع : ٢٠٠/٥ .

(٢) المدنية : ١٦٤/٤ ، والبحر الرائق : ٣٤٤/٨ ، وللمادة ٣٣ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم باز .

(٣) *Dias and Markesinis, Tort Law, P. 289 and 379* (٣)

الكلاب والخيول في أكثر هذه الإصابات ، كما تعاقب المجتمعات الزراعية من هذه الأضرار أكثر من غيرها . وترتد ضوابط المسؤولية عن الحيوانات في القانون الإنجليزي عموماً إلى الأحكام العامة للمسئولية وإلى قواعد الإهمال ، كما تقوم هذه المسؤولية على أحكام قانون المسؤولية عن الحيوانات Animals Act الصادر عام ١٩٧١<sup>(١)</sup> .

وقد عالج هذا القانون بعض أوجه النقص التي كانت قائمة قبل ظهوره ، من ذلك أن القانون العرفي لم يكن يلزم أصحاب حيوانات بحفظها ومنعها من الوقوف على الطرق السريعة مما أدى إلى حوادث بالغة الألف لقيادة السيارات على هذه الطرق . ويؤكد مجلس اللوردات عام ١٩٤٦ في قضية Searle v. Wallbank أن أصحاب الأراضي المجاورة لهذه الطرق غير مسئولين عما تسببه حيواناتهم من ضرر للمارين على هذه الطرق ، سواء كانت واسعة أو ضيقة ، ودون نظر إلى طبيعة حركة المرور عليها<sup>(٢)</sup> . غير أن الفقرة الأولى من المادة الثامنة في قانون ١٩٧١ قد أبطلت الأساس الذي يقوم عليه مثل هذا الحكم ، وأوجبت على أصحاب الحيوانات اتخاذ الوسائل اللازمة لمنع حيواناتهم من شغل الطرق السريعة والتسبب في حوادث المرور على هذه الطرق . وفي رأى اللورد Hail Sham أن هذه هي المادة الوحيدة التي تستحق الاحتفاء في هذا القانون كله . ومع ذلك فإن مجرد ظهور الحيوانات على هذه الطرق لا يقضى إلى قلم المسؤولية ، وخاصة إذا أرسلها هو في أرض قريبة منها وكانت من المراعى العامة أو إذا أرسلها في أرضه غير المسورة ، ولا يجزى العرف بتحويل مثل هذه الأرض ، أو إذا كان له حق في إرسال حيواناته في هذه الأرض . وبناء على ذلك أعفت المحكمة في قضية Davis v. Davis عام ١٩٧٥ صاحب قطع انطلاق إلى الطريق السريع من أرض قريبة كان يرعى فيها وأضر بسيارة المدعى التي اصطدمت ببعض أفراد هذا القطيع . وإنما أعفى من الضمان لأنه كان مأثوناً في رعي قطيعه بتلك الأرض<sup>(٣)</sup> .

(١) السابق : ص ٢٧٩ ، ٤٧٠ .

(٢) السابق : ص ٢٨٢ .

(٣) السابق : ص ٢٨١ .

ولا يوجب القانون الانجليزي ضمان الأضرار غير المباشرة التي تتسبب فيها الحيوانات الخطرة *Dangerous Animals* مطلقا . ففي قضية *Brook v. Cook* التي نظرت عام ١٩٦١ رأت المدعية قرد جارها يقفز من حائط حديقته وينتجه إليها فاستولى عليها الخوف من هذه المفاجأة ، وأخذت تعدو إلى الداخل فانزلت رجلها وكسر ساعدها . وطالبت بالتعويض على أساس أن القرد حيوان غير مستأنس ، وهو ما يعرض صاحبه للمسئولية . وعلى الرغم من تسليم القاضي بعدم استئناس هذا الحيوان فإنه لم يوجب التعويض على صاحبه ، بناء على أن الكسر لم ينشأ من هجوم القرد ولم يكن نتيجة له<sup>(١)</sup> .

ولا يوجب هذا القانون الضمان على حارس الحيوان إن لم يهمل ، كأن ينفلت الحيوان منه أثناء وجوده في مكان مأذون بوجوده فيه كالطريق العام . توضحه قضية *Tillet v. Ward* التي نظرت عام ١٨٨٢ ، حيث اقتحم ثور محلا للصناعات المعدنية ، وحطم كثيرا من الأشياء قبل إخراجها . ولكن المحكمة قضت بعدم ضمان صاحبه ، لانفلاته من مكان عام يجوز وجوده فيه<sup>(٢)</sup> . ولم تحكم المحكمة بالضمان كذلك في قضية *Crumming v. Granger* المحكوم فيها عام ١٩٧٧ للمعنى نفسه ، وهو انتفاء إهمال المدعى عليه . ذلك أنه كان له دار بفناء يغلق بابه في الليل ويرسل كلبه من قيوده في هذه الأثناء لمنع أى أحد من الدخول . لكن أحد أصدقائه الذي أعطاه مفتاح هذا الباب قد جاء ذات ليلة برفقة صديقة له ، فهاجمها الكلب وجرحها جرحا بالغا بعد أن تجاوزت الباب بقليل . وقد استندت المحكمة في نفي ضمان المدعى عليه إلى وجوب معرفة المدعين بوجود الكلب ، بحكم سماعتهما لتباحه قبل الدخول . ومفاده قبولهم خطر هذا الوجود<sup>(٣)</sup> .

وإنما يجب الضمان إذا انتسب فعل الحيوان إلى المدعى عليه . فلو علم بفناء سب أحد أو قذفه ففعل أضيف الفعل إلى صاحب الطائر وصار كأنما قذفه بلسانه

(١) السابق : ص ٢٨٩ .

(٢) السابق : ص ٢٨٣ .

(٣) السابق : ص ٢٨٨ .

هو . ولو أوقف دابته في الطريق العام كان مسئولا عما يترتب من أضرار . وفي قضية Pitcher v. Martin التي صدر الحكم فيها عام ١٩٣٧ اصطحب المدعى عليه كلبه ، مرسلا مقوده الطويل ، فلف هذا المقود على شاق المدعية مما أدى إلى تعثرها به . وتضمن الحكم بالضمان أن صحة كلب مع إرخاء مقوده الطويل نوع إهمال يوجب المسؤولية<sup>(١)</sup> . ولو أهاج كلبا على إيلاء شخص كان من أهاجه مسئولا عن الضرر كما لو فعله بنفسه<sup>(٢)</sup> .

وتجب المسؤولية عن الحيوانات العادية بطبيعة جنسها إذا جرت العادة بتقييدها ، وبخالف حارسها ما هو معتاد . أما إذا لم يكن مؤذبا بطبيعة نوعه ، ولم يسبق صدور مثل هذا الفعل الضار فلا يجب تقييده ولا ينشأ الضمان . وفي قضية Gianville v. Sutton التي حكم فيها عام ١٩٢٨ عض حصان المدعى عليه رجلا فلم تحكم المحكمة بالضمان عليه ، لعدم سبق ذلك منه ، على الرغم من معرفته بتكرره عضه لعدة خيول . إذ يشترط للضمان معرفة طبيعة الحيوان الضارة في حدودها التي وقعت بالفعل<sup>(٣)</sup> .

٤٦٨ - وقد اعتبرت المادة الحادية عشرة في قانون ١٩٧١ Animals Act من التعدي إرسال حيوانات معينة كالأبقار والأغنام والماعز والذئب المستأنس والبغال ، ودخولها إلى ملك الغير . أما القطط والكلاب فلا تدخل في ذلك ولا يعد إرسالها ودخولها إلى ملك الغير تعديا ، وذلك لصعوبة السيطرة عليها وعدم جريان العادة بتقييدها<sup>(٤)</sup> . ويشمل الجارس Keeper في تعريف الفقرة الثالثة من المادة السادسة في القانون المذكور كلا من المالك أو الحائز كالمستأجر والمستغفر والمرتن . ويعد رئيس البيت الذي حاز أحد أفراد حيوانا هو الجارس لهذا الحيوان إذا لم يبلغ الحائز ست عشرة سنة<sup>(٥)</sup> .

ولجارس الحيوان أن يدفع المسؤولية عن نفسه بأي من الأمور التالية :

(١) السابق : ص ٢٨٠ .

(٢) السابق : ص ٢٨٦ .

(٣) السابق : ص ٢٨٢ .

(٤) السابق : ص ٢٨٦ .

(أ) إذا ثبت تسبب المدعى بفعله الخطيء في إلحاق الضرر بنفسه أو ماله . وفي المادة الخامسة ، الفقرة الثالثة ، من القانون المذكور أن الحيوان المرسل في ملك صاحبه لا يجب الضمان بفعله إذا هاجم أحدًا داخل هذا الملك ، شريطة أن يكون إرساله بقصد الحراسة المألوفة في البيعة . ولا يعد منه لذلك أن يرسل أسدا في ملكه ، فإن هذا الأمر غير معهود في الحراسة<sup>(١)</sup> .

(ب) إذا اشترك المضرور في إلحاق الضرر بنفسه ، كما لو حدث بفعل كل من المدعى والمدعى عليه . ولا يعنى الدفع في هذه الحالة سوى إنقاص الواجب في التويض .

(ج) إذا لم يكن يوسع المدعى عليه التحرز من الضرر ، كما لو انفلتت الدابة رغما عنه من مكان مأذون له بوجود دابته فيه ، كأن تجمع منه في الطريق العام وتدخل ملك أحد ، دون أن يستطيع الحارس دفعها .

والحاصل أن قسمات التفكير في المسؤولية عن الحيوانات في القانون الانجليزي شبيهة إلى حد كبير في خطوطها العامة مع ما عبر عنه الفقهاء المسلمون في الموضوع نفسه . ولعل هذا التشابه أن يثير من الأسئلة ما يحتاج إلى الإجابة في بحث مستقل .

---

(١) السابق : ص ٢٨٧ .

## المبحث الرابع : المسؤولية عن الأشياء غير الحية

٤٦٩ - تقديم : يقصد بالأشياء غير الحية ما كان من قبيل الجمادات كالأبنية والآلات وما يماثلها مما لا حياة فيه ولا اختيار له . وليست هذه الجمادات أهلا للتكاليف في الشريعة الإسلامية ، وإنما يسأل حارسها عما تسبب فيه من أضرار للآخرين . وتتناول القوانين الحديثة تحت هذا النوع من المسؤولية الأمور الثلاثة التالية :

١ - المسؤولية عن المباني المتصلة بالأرض اتصال قرار ، سواء انغذلت من الخشب أو الحديد أو المواد الأخرى المعهودة ، وسواء كان معدا للسكنى أو لإيواء الحيوانات أو للتخزين . ويدخل فيه ما شيد في باطن الأرض والجسور والأسوار والسلام والشرفات . والأضرار المضمونة في هذا النوع من المسؤولية هي الأضرار الناشئة عن تهلم المباني كلياً أو جزئياً . أما الأضرار الناشئة عن انتقال النار من المباني أو تسرب المواد الضارة فلا تدخل في نطاق هذه المسؤولية .

٢ - المسؤولية الناشئة عن سقوط الأشياء من أسطح المباني والشرفات ، كما لو وقعت خشبة أو جرة من نافذة أو شرفة تطلان على الشارع فأصابت أحد المارة بجراح أو أتلقت مالا .

٣ - مسؤولية حراسة الأشياء التي تتطلب عناية خاصة كالآلات والأدوات ( الميكانيكية ) .

٤٧٠ - وقد عقد الفقهاء المسلمون مباحث خاصة لتناول أحكام الضمان الناشئة عن سقوط الحوائط وتهديمها ، وهو ما عنون له كثير منهم بعنوان ( الحائط المائل ) . ولا يخفى أنهم بحثوا تحت هذا العنوان ما يتولاه القانونيون الوضعيون في ( المسؤولية عن المباني ) . ومن جهة أخرى فإن الفقهاء تناولوا أحكام سقوط الأشياء من المباني والشرفات ، ومسؤولية الحائزين عن سقوطها . أما المسؤولية عن الآلات والأدوات فلم يعالجوها في مباحث مستقلة ، وإن

تعرضوا لبحث أحكامها وقواعدها العامة على نحو عرضي يتسم بالتشتت والتناثر .  
ومرد ذلك فيما يبدو أن الأدوات الآلية لم تهيمن على الحياة الإنسانية إلا بعد ظهور  
المخترعات الحديثة وتقدم وسائل النقل ، وهو ما كان له أثره في اتجاه القوانين  
الحديثة إلى تناول أحكام المسؤولية عنها في مواد خاصة بها . ويجب تناول أحكامها  
من الوجهة الفقهية في إطار هذه الظروف الحديثة .  
وأتناول أحكام المسؤولية عن هذه الأمور الثلاثة على الترتيب التالي .

### أولا : المسؤولية عن المباني والحوادث

٤٧١ - آراء الفقهاء : لا خلاف بين العلماء في وجوب الضمان إذا كان  
البناء معيبا منذ إنشائه وأدى سقوطه إلى الإضرار بأحد . ففى الهداية أنه ( لو بنى  
الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد ، لأن البناء  
تعد ابتداء ، كما في إشراف الجناح <sup>(١)</sup> . وهو ملذهب المالكية والشافعية  
والحنابلة <sup>(٢)</sup> :

أما لو طرأ التعيب بعد إقامة البناء على نحو أدى لسقوطه والإضرار بالغير  
ففيه اختلاف العلماء إلى اتجاهات كثيرة ، أهمها فيما يلي :

( أ ) لا ضمان على المالك ( إن مال حائطه بعد أن بناء مستقيما إلى غير  
ملكه ، سواء كان مختصا كهواء جاره أو مشتركا كالطريق ، علم .. ميلان حائطه  
أولا ، فلم يهدمه حتى أتلّف شيئا .. ولو أمكنه نقضه وطولّب به ، لعلم تعديده  
بذلك ، لأنه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فهو كما لو سقط من غير ميلان <sup>(٣)</sup> .  
وهو رواية عن أحمد بن حنبل وأصح قول الشافعي . وقضية هذا الاتجاه  
أن لصاحب البناء الحق في إصلاحه أو تركه ينقض على من أقامه أو المارة أمامه

(١) الهداية : ١٩٦/٤ ، وانظر البحر الرائق : ٤٠٤/٨ .

(٢) بصره الحكيم : ٣٤٧/٢ ، ومغنى المحتاج : ٨٦/٤ ، وحاشية الجمل : ٨٥/٥ ، وكشاف القناع :  
١٢٤/٤ .

(٣) كشاف القناع : ١٢٤/٤ .

أو جبراته ، دون أن يملك أحد سلطة استئراج هذا المالك إلى إصلاح بنائه . ولم يعهد في الشريعة ترك مصالح الكافة للأهواء الخاصة ، بل الثابت هو تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ولا سبيل إليه إلا بإيجاب الترميم والإصلاح ونقض الخاطئ المائل إن لم يكن إصلاحه ممكنا ، وإذا وجب الترميم والتعهد بالإصلاح على المالك ثبت الضمان بمخالفة هذا الواجب كما هو معهود من مسلك الشارع .

(ب) يضمن مالك البناء مطلقا ، وهو مذهب أحد في رواية أخرى ، وأنى إسحاق من الشافعية . وإنما وجب الضمان مطلقا لأن الخاطئ لما مال إلى الطريق فقد وجهت إزالته ، ويصير الواجب على صاحبه أن يزيله ، فإذا لم يفعل كان متعديا فيضمن ما ترتب على هذا التعدي من ضرر . ولا يشترط على هذا الرأي تقديم أحد إلى المالك للمطالبة بالهدم ، لأن الضمان بالتعدي والتقصير ولا يتوقف ذلك على التقديم والمطالبة . ولو كان التقدم أو المطالبة هو الذي يوجب الضمان لأوجبه فيما لو حدث سقوط المبنى بأمر لا يمكن التحرز عنه<sup>(١)</sup> . وقد أخذ الأحناف بهذا الرأي خلافا لمحمد فيما يتعلق بإتلاف النفوس<sup>(٢)</sup> .

(ج) إذا سقط المبنى وكان الخاطئ مائلا فأضر ذلك بأحد لم يجب الضمان إلا إذا سبق تقدم أحد للمالك بخيريه بهذا الميلا ، ويشهد على هذا التقدم حتى لا ينكره المالك عند التقاضي . وهو رأى جمهور الفقهاء . وعبرة محمد في حكاية مذهب الأحناف : ( وإذا مال خاطئ رجل أو وهي في الطريق الأعظم قتل إنسانا فلا ضمان عليه فيه ، من قبل أنه قد بناء في ملكه ولم يحدث في الطريق شيئا . وما حدث من وهنه وسقوطه شيء من غير عمله . فإن كان أهل الطريق أو غيرهم تقدموا إليه في ذلك أو سألوه أن ينفضه فأعز ذلك حتى سقط فقتل إنسانا فهو ظالم من لدننه على عاقلته )<sup>(٣)</sup> وفي مجمع الضمانات : ( رجل مال خاطئ داره إلى الطريق أو إلى ملك إنسان فسقط وأتلف إنسانا أو مالا ، إن سقط قبل

(١) السابق ، وللذهب : ١٩٣/٧ .

(٢) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ . ومثله فيما يذكر ابن نجيم منع الإجماع .

(٣) الأصل : ٥٦٧/٤ .

المطالبة والإشهاد لا ضمان عليه . وإن طوّل بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما ألتف من نفس أو مال . وشرط وجوب الضمان المطالبة بالإصلاح والتفريغ . ولا يشترط الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره <sup>(١)</sup> . وفي مذهب المالكية رأيان في اشتراط التقدم ، أوهما : أن مالك البناء إن لم ينلر لم يضمن ، وفي رأى أشهب أن تعيب البناء إن بلغ حالة واضحة من الضعف ، بحيث لم يكن يجوز لصاحبه أن يتركه لشدة ميله فهو صامن وإن لم يشهد عليه <sup>(٢)</sup> . وعلى الرغم من اشتراط الإنذار والإشهاد على الإنذار فيما يذكره الردير فإنه يشير إلى وجوب الضمان دون إنذار ولا إشهاد إذا اعترف المالك بالميلان وبالتفريط <sup>(٣)</sup> . وبندل هذا التردد على ضعف مستند اشتراط التقدم والإشهاد .

٤٧٢ - التقدم واشتراطه في الضمان : التقدم طبقا لما عرفته به المادة ٨٨٩ من مجلة الأحكام العدلية هو ( التنبه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وقوعه وإزالته قبل وقوعه ) . وحق التقدم إنما هو للمتضرر ، فلو مالت الحائط إلى ملك رجل فالمطالبة له ، وإن كان في هذا الملك سكان مستأجرون فهم من حقهم . أما إذا كان الميلان إلى الطريق العام فيجوز لكل أحد يجوز له الانتفاع بالطريق أن يتقدم إلى مالك الحائط بالمائل بنقضه وإصلاحه .

ولا تخفى أهمية التقدم في دفع الضرر قبل وقوعه . ويكشف عن هذه الأهمية درجة في القانون المدني المصري الجديد ، ١٩٤٩ ، خلافا لما كان عليه الحال في القانون القديم ، ففى المادة ١٧٧/٢ من القانون المدني الجديد أنه ( يجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بالتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه ) . ويشير الدكتور عبد الرزاق السنهورى

(١) مجمع الضمانات : ص ١٨٢ .

(٢) بصرة الحكام : ٣٤٧/٢ .

(٣) حاشية النسوق : ٣٥٦/٤ .

إلى اختلاف النص الوارد في مسئولية حارس البناء في القانون المصري عن نظيره الفرنسي في إعطاء حق المطالبة بدفع الضرر قبل وقوعه لمن يحتمل تأثره به إذا وقع<sup>(١)</sup>. ولا يخفى أن الفقه الإسلامي هو مصدر القانوني الملئ المصري في استمداد حق التقدم على هذا النحو، مما يدل على الأهمية العملية لهذا الحق في اتخاذ الإجراءات الواقية من الضرر قبل وقوعه.

٤٧٣ - أما اشتراط سبق التقدم لجبر الضرر بعد وقوعه عند من اشترطه فلا تشهد له الأصول، بل تعارضه، لأن السبب في الضمان هو التعدي أو الإهمال والتقصير، ولو ثبت التقصير لم تنفخ المطالبة كما أنها لا تنبته إذا انتفى. ولم يعهد اشتراطه في أنواع الضمانات. وقد صرح بعض من اشترطوا التقدم بأن مبناه على الاستحسان في قضي البحر الرائق أنه إذا مال حائط (إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بتقصه مسلم أو ذمي ولم ينقصه في مدة يقدر على نقضه، وهذا استحسان. والقياس ألا يضمن، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، لأنه لم يوجد منه فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب، والضمان باعتبار ذلك فصار كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه. ووجه الاستحسان ما روى عن علي وعن شريح والنخعي وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه. ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه، ورفع في قدرته، فإذا طوّل برفعه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع التمكن صار متعدياً فيلزمه موجهه، ولأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام<sup>(٢)</sup>. ومقتضى بناء الضمان على الاستحسان اعتبار صاحب الحائط متعدياً لا لشغله هواء ملك الغير وفراغه، وإنما لامتناعه عن إفراغه بعد التقدم إليه ومطالبته به. ويخالف هذا المنطق مفهوم التعدي الذي يتعلق بفعل انحراف أو ترك الواجب، فهو الذي يستحق به التعدي وصف العدوان، ولا يتوقف على فعل الغير من تقدم. ويبدو لي لهذا أن قاله ابن نجيم ليس هو وجه الاستحسان الذي أقام عليه فقهاء الأحناف اشتراط التقدم لإيجاب الضمان على حارس البناء.

(١) الوسيط: ١٠٦٩/١.

(٢) البحر الرائق: ٤٠٣/٨.

ووجه هذا الاستحسان فيما يبدو لي أن هؤلاء الفقهاء قد اعتقدوا أن انهيار البناء إذا كان مستقيماً في أصله لا يرجع إلى فعل حارسه أو مالكه وإنما يرجع إلى العوامل الطبيعية من رياح وأمطار ومرور أزمان ، فكيف يعتبرونه مسؤولاً عما لا يعد من فعله ؟ لكنهم بعد تفهيم مسئوليته عما ليس من فعله وجدوا بعض حالات الإهمال الواضحة التي يرى فيها الملاك مبانهم وحوائطهم يشتد ميلانها ولا يتدخلون لإصلاحها فأثبت هؤلاء الفقهاء حق التقدم لمن يحتمل تضرره بسقوط هذه المباني المعيبة ، وأوجبوا ضمان ما يتسبب فيه تدهورها من ضرر إذا رفض مالكوها الإصلاح بعد التقدم إليهم . وأساس هذا الاستحسان هو المصلحة ، أو تقديم مصلحة العامة على الخاصة ، ولا يخفى اعتباره شرعاً . ومع ذلك فإن هذا المعنى الذي يسوغ هذا الاستحسان أو العلول عن الأصل يوجب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد . ولعل هذا هو ما استند إليه القائلون بوجوب الضمان مطلقاً .

٤٧٤ - والحاصل أن الرأي القاضى بوجوب الضمان دون اشتراط التقدم أو الإشهاد هو الأقوى دليلاً والأوفق لقواعد الضمان الشرعية . ويتضح هذا من وجهين :

الأول : السبب في الضمان هو التعدي ، وذلك بترك واجب أو ارتكاب محرم . وإنما تحمل الأضرار الناشئة عن المخالفة على المتعدي ، طبقاً لما هو مقرر في الشريعة من مبدأ مسؤولية الإنسان عن فعله .

الثاني : القاعدة الفقهية أن من ترك واجباً في الصون ضمن ويجب إلقاء الضمان على مالك البناء أو حارسه إذا تهم بتقصيره في صونه والعناية به . وإنما تجب عمارة الملك وصيانته أو تعهده بالإنفاق عليه إذا كان ذا نفس حية كالحيوان والرقيق أو تعلق به حق الغير كالمستأجر ، فإن الأجر يجبر على عمارة المأجور وفعل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالمأجور . ويجب على المالك من باب أولى أن يتعهد ببناءه منعا للإضرار بالغير ، لأن دفع المقاسد مقدم على جلب المصالح . وإذا ثبت وجوب الصون على المالك كان تركه هذا الواجب مخالفة وتعدياً يوجب الضمان عليه . ولا تستقيم نظرية الضمان الفقهية في شتى جوانبها

إذا اعتبرنا تقصير المدعي غير موجب للضمان ، وألقينا الضرر على من لحق به دون التسبب فيه بتعديده وظلمه . والقاعدة أن الظالم أحق بالحمل عليه . وهذا هو الرأي المعتمد في هذه الدراسة ، خاصة وأن مخاطر المباني في ظروف الحياة الحديثة قد تضاعف مرات ومرات عما كان عليه من قبل نتيجة التطورات الحديثة في التشييد والبناء ، فلزم القول بالضمان عند أدنى تقصير ، حماية للمصالح التي أرادها الشارع من فرض الضمان .

٤٧٥ - وعلى الرغم من المحولة البلدية في القانون المدني العراقي للتعليق بصياغة الجملة المعدلة فقد اتجه إلى الأخذ بما يقرب من هذا القول الذي رجحه ، إذ جاء في المادة ٢٣٥ أنه : ١ - ( لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً فإن كان البناء مائلاً للانهيار أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نهى إلى ذلك أو كان يعلم بمائلة البناء و يتنبهى أن يعلم بها وجب الضمان . ٢ - ويجوز لمن كان مهتماً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك بالتخاذ ما يلزم من التدابير لئلا يخطر . فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه ) .

٤٧٦ - شروط تحقق المسؤولية عن البناء : لا يشترط للمسؤولية عن البناء طبقاً لما رجحه أبو إسحاق من الشافعية وبعض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلا ما يلي :

( أ ) تهم البناء تهديماً جزئياً أو كلياً . ويتحقق به أن يهدمه هو ويترك النقص في الشارع العام فيهلك به أحد أو يتلف به مال فإنه يضمن لتعديده . ومن جنسه أن يترك السلام دون صيانة مع إذنه لأحد بالدخول ، فيضمن الضرر الحادث للمأذون له بالدخول إذا كانت السلام مهدمة على نحو ألحق به الضرر . وفي حاشية الجمل أنه لو حفر أحد بئراً ( في دهليزه وسقط فيها من دعاه جاهلاً بها لنحو ظلمة أو عدم تغطية لها فهلك فإنه يضمن لتعديده )<sup>(١)</sup> .

( ب ) أن يكون تهم البناء هو الذي أحدث الضرر وإلا لم يضمن ، ولا

(٢) حاشية الجمل : ٨٧/٥ .

يعد منه تضرر الجار على سبيل المثال بالتخوف من أبلولة المبنى للسقوط ، وعدم إقدام أحد على الانتفاع بعقاره ، وإن جاز له التقدم إلى المالك لترميم هذا المبنى منعا للإضرار به . وكذا لا يعد منه التضرر بنشوب الحريق في المبنى فإن الشاغل للعين هو المسئول عن انتقال مثل هذا الضرر إلى الجار وليس الحارس .

(ج) ألا يرجع التهدم إلى أمر لا يستطيع حارس العقار التحرز عنه . ويستطيع الحارس نفى مسئوليته بإثبات أن سقوط المبنى لا يرجع إلى مخالفته واجب الصيانة والترميم والإصلاح أو أنه كان لا يمكنه تجنب العوامل التي أدت إلى تهدمه . فإذا ثبت أن سقوط البناء راجع إلى زلزال أو إلقاء متفجرات لم يضمن المالك الضرر . أما لو غاب غيبة بعيدة ، واحتاج المبنى إلى الإصلاح في غيبته وتهدم فيجب ضمانه ، لأن الغيبة فيما يظهر لا تنفى واجب النفقة على المالك أو عدم الإضرار بالغير . وقد أوجب الفقهاء الضمان فيما لو نصبت شركا للصيد ثم مات ، وتعثر به أحد بعد موته على نحو أضر به . ويستأدى الضمان من تركته<sup>(١)</sup>

٤٧٧ - المسئول عن البناء : ترجع المسؤولية عن البناء حفظا وصيانة وضمانا إلى مالكة ، لأن إليه عراجيه . وليس لغيره من مستعير ومستأجر ومرتهن حق التصرف فيه بنقض أو هدم شيء إلا بإذنه ولا ولاية لهم عليه فلا يتحملون الضمان . وقد نص الفقهاء على أن التقدم للمستأجر أو المرتهن لا يوجب شيئا . يقول محمد بن الحسن : ( إذا كانت الدار رهنا فتقدم إلى المرتهن في حائط مائل منها فلا ضمان على المرتهن لأنه لا يملك نقض ذلك الحائط .. وإذا تقدم إلى السكان في نقض الحائط فلا ضمان على واحد منهم .. من قبل أنهم لا يملكون أن ينقضوا ذلك الحائط .. )<sup>(٢)</sup> ويشترط الذين يشترطون التقدم لإيجاب الضمان ( أن يكون طلب التفريغ إلى من له ولاية النقض كالمالك والأب والجد والوصي

(١) أشار ابن نجيم إلى هذا الشرط بقوله : ( ما تلف به من النفوس سملة المظلة فلا يؤدي إلى الإجماع . وقال عميد لا تتحمل المظلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم في النقض وعلى أنه مات بالسقوط عليه وعلى أن الدار لقلان البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

(٢) الأصل لو البنوط محمد : ٥٦٨/٤ .

في ملك الصغير .. وإلى الراهن في الدار المرهونة لأنه القادر على الغد (١).

ولا تنتفى مسئولية المالك عن ملكه بمجرد بيعه ، وتستمر إلى حين انتهاء سيطرته الفعلية على مبناه بتسليمه إلى المشتري . وهذا واضح مما ذكره ابن نجيم في اشتراط ( دوام القدرة إلى وقت السقوط ، حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشغال برىء من الضمان لعدم قدرته على النقص ) (٢) . والواجب أن يقع الضمان على الغاصب إذا سقط البناء أثناء حيازته له ، إذا امتنع على المالك صوته وإصلاحه ، لأنه حال بين المالك وملكه فيضمن . وللمتضرر مع ذلك أن يطالب المالك بالضمان وإن استقر على الغاصب بطلب المالك تضمينه .

٤٧٧- الضمان بنصب الجناح والميزاب : إذا أخرج صاحب الدار جناحا أو ميزابا أو شرفة إلى ملك جاره أو إلى الطريق العام فأصاب أجنباً بوجوده أو بسقوطه أو تسبب في إتلاف شيء كان متعبدا ويضمن عند الإحناف ، ففى مجمع الضمانات أن من ( وضع في الطريق حجرا أو جذعا أو بني فيه بناء أو أخرج من حائطه جذعا أو صخرة شاخصة أو أشرع كنيفا أو جناحا أو ميزابا أو ظلة فغطب به إنسان كان ضامنا . فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فمات كان الضمان على الذي أحدثه في الطريق ، وصار كأنه دفع الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة ) (٣).

ويضمن عند الشافعية ( مائلف بجناح أو ميزاب خارج إلى شارع ، لأن الارتفاق بالطريق والشارع مشروط بسلامة العاقبة .. ويحل لإخراج الميزاب العالية التي لا تضر المارة إلى شارع وإن لم يأذن الإمام لعموم الحاجة إليه . والتالف بها مضمون في الجديد . وكلما بماء تقطر منها لما مر في الجناح . وكما لو وضع طينا بالطريق ليطين به سطحه مثلا وقد خالف العادة فإنه يضمن من يزلق به . والقديم لا ضمان فيه لضرورة تصريف المياه ) (٤) . ولا فرق في وجوب الضمان

(١) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ١٧٦ .

(٣) حاشية الجبل : ٨٤/٥ .

على الجديد من مذهب الشافعي بين إخراج من يرى البعض جواز إخراجها إلى الطريق كالميزاب لعدم الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وبين إخراج مالا يخل إخراجها ، كالجناح والشرقة . ويجب الضمان بمجرد هذا الإخراج ، ( سواء كان يضر أم لا ، أذن فيه الإمام أم لا ، لأن الاتفاق بالشارع مشروط بسلامة العاقبة ، ولو تنأى في الاحتياط فحرت حادثة لا تتوقع أو صاعقة سقط بها )<sup>(١)</sup> . أما القديم من مذهب الشافعي فيجب الضمان بإخراج ما لا يجوز إخراجها إلى الشارع أو ملك الغير كجناح وشرقة وبرز خلافا لما لا يجوز إخراجها كميزاب عال لا يضر بالمارة ، إلا إن أهمل في وضعه .

ويتفق الخنابلة مع الجديد من مذهب الشافعي في وجوب الضمان مطلقا بنصب ما يخرج من البناءات ، ففى كشف القناع أنه ( إن أخرج إنسان جناحا ، وهو الروشن ، أو ميزابا ونحوه كساباط وحجر برز به في البناء إلى طريق نافذ مطلقا ، إلا بإذن الإمام أو نائبه في جناح أو ساباط أو ميزاب بلا ضرر ، أو أخرج ما ذكر في درب غير نافذ بغير إذن أهله فسقط على شيء فأثله ضمن )<sup>(٢)</sup>

أما المالكية فيرون أن اتخاذ الميزاب والظلة أمر جائز شرعا للضرورة ، فإن سقط أى منهما ( على شيء فأثله من نفس أو مال فلا ضمان على ربه أصلا مطلقا ، بل هلر )<sup>(٣)</sup> . ويقيد بعض المالكية عدم الضمان في هذه المسألة بغوات الشروط المعتبرة في ضمان الحائض المائل ، وهى الإنذار والإشهاد والاستقامة في الوضع الأول<sup>(٤)</sup> والأرجح وجوب الضمان بنصب ما يخرج إلى الشارع أو مالك الغير وإن أذن له فيه لأن الإذن مقيد بالسلامة .

٤٧٨ - مفهوم الخطأ في ضمان المباني : نص ابن نجيم على اشتراط محمد بن الحسن عدة شروط لضمان الضرر الناشئ عن التهمد ، منها إثبات علاقة السببية بين الضرر وبين سقوط البناء أو تهديمه وإثبات أن البناء للمدعى عليه<sup>(٥)</sup> .

(١) معنى المحتاج : ٨٥/٤ .  
(٢) كشف القناع : ١٢٤/٤ ، وانظر للمنفى : ٨٣١/٧ .  
(٣) حاشية المنسوق : ٣٥٦/٤ .  
(٤) الخرفى : ١١١/٨ وما بعدها .  
(٥) البحر الرائق : ٤٠٣/٨ .

وإذ ترجع عدم اشتراط التقدم طبقاً لمذهب بعض الفقهاء فإن خطأ المالك الذي يوجب الضمان خطأً مفترض لا ينتفى إلا بإثبات التحوط والعناية ، إلا في خارجات البنيان وبروزه إلى ملك الغير أو الشارع ، حسباً أخذ به الشافعية . ومعناه أن تهدم البناء يدل على خطأ المالك في صيانه والعناية به . ومع ذلك فإن إثبات المالك أن التهدم لا يرجع إلى خطئه وإنما يرجع إلى سبب لا يمكن تحرزه ، كزوال أو حرب ، مما يدفع عنه الضمان وينفيه ، لأن القاعدة العامة أن مالا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه . لكن افتراض خطأ المالك في خارجات البنيان ، كالميازب والأجنحة ، طبقاً لمذهب الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف خطأً لا يمكن نفيه ، لما فيه بذاته من التعدي بشغل مالك الغير ، حتى لو أثبت المالك تحوطه الكامل في العناية بخارجات بنيانه ، وأن تهدمه كان بخلاف أمر غير متوقع أو صاعقة لم يفلت من الضمان ، حسباً سبق من نص كلام صاحب مغنى المحتاج .

٤٧٩ - في القانون الإنجليزي : تناقش مسؤولية المالك عن بنيانه تجاه المارين من حوله في القانون الإنجليزي في موضوع الإيذاء Nuisance . أما مسؤوليته تجاه الداخلين إلى ملكه بإذنه فقد ضبطها قانون صدر عام ١٩٥٧ بعنوان The Occupier's Liability Act . وقد حظي الحائز للبناء بقدر من الحرية في التعامل مع ملكه في ظل سيادة فلسفة الحرية الاقتصادية في القرن الماضي ، وانجبه النظر إلى العناية الواجبة عليه تجاه الداخلين إلى ملكه على أساس علاقتهم به بدلاً من النظر إلى طبيعة الأخطار المترتبة على الدخول ، فأوجب القانون العرفي أقصى درجات الرعاية لمن يدخلون إلى ملك الغير بعقد ، بحكم ما يتضمنه العقد من ضمان لسلامتهم ، كتزلاء الفنادق . ويلهم في درجة العناية الواجبة المأذون لهم بالدخول لمنافع مشتركة كالعملاء الذين يدخلون محلاً للشراء أو غيره . أما المأذون لهم بالدخول لتناول الشاي أو لقضاء بعض الوقت فقد كان لهم من الرعاية أقل مما وجب لغيرهم . وقد أدرج قانون ١٩٥٧ هذه الأحتلاف في فريقين ، أولهما المأذون لهم بالدخول Lawful visitors ، وغير المأذون لهم Unlawful visitors .

وإذا يفضل هذا القانون مصطلح الحائز Occupier للتعبير عن المسئول عن البناء ، خلافاً للقانون الفرنسي الذى عبر عن هذا المسئول بالحارس Keeper فإنهما يتشابهان فى تحديدته وفى أن المقصود به هو الشخص الذى يتعم بالسيطرة Control على المبنى وحق التدخل لإصلاحه وصيانتة . ويعرفه سلموند Salmond بأنه هو الشخص الذى يملك السلطة والإشراف المباشرين على البناء والإذن لأحد بالدخول ومنع غيره . وبعبارة أخرى فإنه هو الذى يجوز له أن يقول لشخص : ( تفضل بالدخول ) . ولهذا فإن المالك والمستأجر والتزهل حائزون للعقار ، و يقع عليهم واجب الرعاية للمأذون بدرجات مختلفة . وقد استندت المحكمة إلى تعريف الحائز على هذا النحو للحكم بعدم الضمان عام ١٩٦٦ فى قضية Wheat v. Lacon & Co. Ltd ، حيث كان للمدعى عليه فندق عهد به إلى أجير يديره على نحو يقدم فيه المشروبات للملاء فى الدور الأرضى من هذا الفندق ، مع تخصيص الدور العلوى لسكن هذا الأجير وزوجته والتزلاء الذين يدفعون أجرة إقامتهم . وقد أصيب أحد هؤلاء التزلاء أثناء ارتقائه الدرج الموصل إلى الدور العلوى ، لميب فى حاجزه . ولما رفعت أزمته الأمر إلى القضاء رأت أنه كان على مدير الفندق وزوجته أن يتأكدا من سلامة حاجز الدرج الذى كان ينتهى قبل آخر درجة ، ومن إضاءة هذا الدرج . غير أن أحد لم يستشعر خطورة تميب الحاجز قبل وقوع هذا الحادث ، كما أن أحد الأشخاص قد سرق المصباح الكهربائى الذى يضيء الدرج بعد مرور مدير الفندق وقبل الحادث ، مما أدى إلى إظلام الدرج وتعبّر زوج المدعية وسقوطه . وأسندت المحكمة الخطأ القاتل إلى هذا الفعل ، ونفت الضمان عن هذا المدير وزوجه حتى لا يتحملا مسئولية فعل الغير<sup>(١)</sup> .

ولا يضمن حائز البناء فى القانون الانجليزى ضرر النازل إلى ملكه بدون إذنه ، ففى قضية Great Central Railway Co. v. Bates قضت المحكمة عام ١٩٢١ بنفى ضمان ( صاحب مخزن ) الضرر الناشئ لشرطى دخل هذا المخزن

(١) السابق : ص ١٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣٧ وانظر P. 230 Tort Cases and Materials, Hopple and other

دون إذن صاحبه بقصد وضع دراجة وجدها خارجه في مكان أكثر أمناً ، فوقع في حفرة كانت في هذا المخزن . وإنما لم يجب الضمان لأن صاحب هذا المخزن لم يأذن للشرطي بالدخول ، فلا يتجه عليه واجب رعايته<sup>(١)</sup> .

أما الخارج من البنيان فيجب ضمان مثبته ولو بثلل جهده في صيانته ؛ ففي قضية *Tarry v. Ashton* قضت المحكمة عام ١٨٧٦ م بتعويض المدعى عما أصابه من ضرر بوقوع مصباح مثبت في ملك المدعى عليه مع بروزه إلى الشارع . ورغم أن المدعى عليه قد أرسل أحد الفنيين لإصلاح العيب الذي أدى إلى سقوط هذا المصباح فإن ذلك لم ينف عنه الضمان . وفي قضية أخرى مشابهة هي قضية *Wring v. Vohen* رأيت المحكمة عام ١٩٤٠ الحكم بالضمان رغم أن المصباح المثبت كان في ملك المدعى عليه . وقد ذهبت المحكمة إلى أنه لا فرق بين إطلال المصباح على ملك المدعى أو الشارع ما دام أن سقوطه إلى الشارع هو الذي أحدث الضرر ، شريطة العلم أو وجوب العلم باحتمال التضرر به .

## ثانيا : المسؤولية عن سقوط الأشياء من المباني وعن الآلات والأدوات

٤٨٠ - ضمان ما يلقى أو يسقط من المباني : نصت المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي على أن ( كل من يقيم في مسكن يكون مسؤولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ) . وتفيد هذه المادة ما يأتي :

( أ ) المسفل عن الإلقاء أو السقوط ، فلا فرق ، هو الحائز للبناء ، سواء كان مالكا أم مستأجرا أو مرعنا أو غاصبا .

( ب ) طبيعة العمل الموجب للضمان هو إلقاء الأشياء أو سقوطها من البناء .

( ج ) أساس الضمان هو افتراض خطأ الحائز افتراضا قابلا لنفيه بإثبات اتخاذ ( الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر ) ، حسبا جاء في المادة المذكورة .

٤٨١ - وقد نص الفقهاء على وجوب الضمان بإلقاء الأشياء الضارة بالغير مطلقا . وفيما يلي بعض هذه النصوص .

- لو صب في الطريق ( ماء فأنجمد فزلق به إنسان أو ذاب ثم زلق ضمن )<sup>(١)</sup>

- ( ألقى مشرا في الطريق فزلقت به دابة ضمن )<sup>(٢)</sup> .

- ( من مات له بهيمة في الطريق كفرس عليه نقلها منها .. ولو ماتت في داره لم يجوز له طرحها في الطريق .. ولم يذكر في الروضة تحريم وضع القمامة في الطريق ، وإنما ذكر الضمان به )<sup>(٣)</sup> .

- لو وضع ما يزلق به أحد كماء أو قشر بطيخ فهلك به ( إنسان أو غيره

(١) جمع الضمانات : ١٦٤ .

(٢) السابق : ١٤٩ .

(٣) حاشية الجمل : ٨٤/٥ .

فالقضية ... على العاقلة والقيمة في غيره (١)، إلا أن يقصد شخصا بعينه ويتلف به المقصود فيقتصر من الفاعل عند المالكية .

أما سقوط الأشياء الضارة من السقوف والمباني وتصادف سقوطها على المارة فيجب الضمان إن أخطأ الحائر ، طبقا لقواعد المسؤولية في الشريعة ، إلا أن يثبت اتخاذ ما يلزم من التحوطات لمنع سقوطها . وإذا كان الظاهر إهماله في حفظ الشيء الذي سقط فإن المتضرر لا يكلف إثبات خطأ المدعى عليه ، ويكلف المدعى عليه بنفي افتراض خطئه ، لأنه يدعى خلاف الظاهر . ولا يضمن إذا أثبت أنه لم يخطئ .

٤٨١ - المسؤولية عن الآلات في الفقه الإسلامي : التفتت النظم القانونية الحديثة إلى تنظيم هذه المسؤولية بوجه خاص بعد التطور الصناعي الضخم الذي يعد من السمات المميزة لهذا العصر ، لتعدد أوجه تدخل الآلات في الحياة الإنسانية في حقول الإنتاج والنقل والمواصلات ، ولكثرة الحوادث الناشئة عن هذا التدخل . ومع أن استعمال الآلة واعتماد الإنسان عليها قد قدم قدم الحياة البشرية فإن الدكتور وهبة الزحيلي يرى أن الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا للمسؤولية عن الأدوات الآلية ، ( لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك في عصرهم ، لا لعجزهم ، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع ، ولم تحدث في زمنهم إصابات للعمال ونحوهم ) (٢) . غير أن هناك عدداً من المسائل التي بحثها الفقهاء المسلمون على طريقتهم في اختيار أشكال معينة للتعبير عن مضامين عامة ، مما يجب الالتفات إليه عند تقدير موقفهم من المسؤولية عن الجمادات والأدوات الآلية . ومن أكثر هذه المسائل وروداً في الكتب الفقهية والتي تدل على مفاهيم في هذا النوع من المسؤولية ما يلي :

(أ) ضمان الملاح : الملاح أجبر مشترك فيضمن عند أي حنيقة إذا شرط عليه الضمان ، (٣) كما يضمن عنده ما تولد من فعله . أما إذا لم يشترط عليه

(١) حاشية الدسوقي : ٢٤٤/٤ .

(٢) نظرية الضمان : ص ٢٥٨ .

(٣) جميع الضمانات : ص ٩٠ .

الضمان ونشأ الضرر بغير فعله فإنه لا يضمن عند أى حنيفة وإن كان يوسع الأجر أو الملاح. التحرز من الضرر . ويجب عليه الضمان في مذهب أى يوسف ومحمد مطلقا إذا شرط عليه الضمان ، وفي كل ما كان يوسع التحرز عنه إذا لم يشترط عليه الضمان<sup>(١)</sup> . وهو مذهب المالكية . وعلى هذا لو غرقت السفينة من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها ، ولم يكن يوسع الملاح التحرز من ذلك م يضمن باتفاق أى يوسف ومحمد ومالك ، ويضمن إذا حدث التلف بفعله وقيادته السفينة بالاتفاق أيضا<sup>(٢)</sup> . ولو تصادمت سفيتان عجز ملاحوهما عن تفاديه... فالقياس عدم وجوب الضمان ، لقاعدة نفي الضمان بعلم إمكان التحرز عن الضرر . وقد حكاه الددير مذهباً للمالكية ، معقبا عليه بقوله : ( لكن الراجح أن العجز الحقيقي في المتصادمين كالحطأ فيه ضمان الدية في النفس والقيم في الأموال بخلاف السفيتين فهلر ، وحملنا عند الجهل عليه لأن جريهما بالريح )<sup>(٣)</sup> . ولو كان جريهما بألة ذاتية كما هو الحال في أكثر السفن الآن انتسب الفعل إلى الملاحين ووجب عليهما الضمان . وفي مجمع الضمانات أن ( أرباب السفن إذا أوقفوها على الشط فجاءت سفينة فأصابها السفينة الواقعة فانكسرت

(١) للعلماء ثلاثة مذاهب في حكم ضمان الأجر المشترك ، أولا : أنه لا يضمن إلا بشرط التعدي أو التقصير ، شانه شأن الأجر الخاص ، بحكم كونه أمينا . ولا يظهر التعدي إلا بإثبات المدعي وإقامته البينة ، وهو مذهب الإمام الشافعي الذي كان يقول عنه الربيع : ( الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيته أنه لا ضمان على الصانع إلا ما جت أيديهم . ولم يكن يزوج بذلك خوفا من الصانع ) . الأم : ٨٨/٧ . وهو قول أبى حنيفة وزفر ، الهداية ٢٤٤/٣ . والثاني وجوب الضمان على الأجر المشترك مطلقا ، تقديمها للمصلحة العامة على الخاصة . وكان أساس الضمان على هذا المذهب هو تحمل التبعة في الاصطلاح القانوني الحادث أو للمصلحة . ويشهد لهذا الأساس في الفقه قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم . وهو مذهب شريح وابن أبى ليلى ، فنى الأم : ( وقد ذهب إلى تضمين قصاص شريح ، فضمن قصاصا آخر في بيته ، فقال : تضمنني وقد أجرتني بي ؟ فقال شريح : لرأيت لو أجرتني بيته كنت تحرك له أجرتك ) . الأم : ٨٧/٧ . والثالث : الحكم بختتان الأجر المشترك ما تلف منه إلا ما كان سبب لا يمكن التحرز عنه . وهو مذهب الصاحبين والإمام مالك ، كما أنه هو مذهب كثير من الصحابة . وكان على رضى الله عنه يحكم به ويقول : لا يصلح الناس إلا ذلك . للتفتي ، شرح الموطأ : ٧١/٦ ، والهداية ٢٤٤/٣ ، ومجمع الضمانات : ص ٢٧ ، ومعين الحكام ص ٢٠٠ ، وتبصرة الحكام : ٣٣/٢ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٤٨ .

(٣) حاشية النسوي : ٢٤٨/٤ .

السفينة الواقعة كان ضمان الواقعة على صاحب السفينة الجائبة . فإن انكسرت الجائبة لا يضمن صاحب الواقعة ، لأن الإمام أذن لأرباب السفن بإيقاف السفن على الشط فلا يكون تعدياً<sup>(١)</sup> .

ويخرج على مثل هذه الأحكام الأضرار الناشئة عن الآلات الذاتية الحركة كالسيارات والشاحنات ؛ فمن أوقف سيارته في الطريق العلم في غير المكان المُنْعَد للوقوف فاصطدمت بها أخرى وجب الضمان على الواقعة إن لم ينسب فعل قائد المتحركة إلى الإهمال ، وإلا تقاسم الضمان بنسبة الخطأ . ولو أوقفها ناسياً رفع آلة التثبيت ( الفرامل ) فتدحرجت السيارة وصدمت أحداً فإن الخطأ ينسب إليه . ولو ترك الباب مفتوحاً ومفاتيح السيارة في مكان التشغيل فجاء صبي وأعمل محركها فانطلقت وأصابته شياً ففى ضمانه أو ضمان الصبي تردد منه إضافة الضرر إلى خطأ الصبي أو مالك السيارة الذي كان عليه أن يحكم إغلاقها .

(ب) حفظ السهام والأدوات المماثلة : روى عن أبي موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال : « من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ، ومعه نبل فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء »<sup>(٢)</sup> . وإنما تلك الزيادة في التحوط لزيادة الضرر المتوقع حدوثه عند الإهمال . ومن تطبيقاته أنه ( لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم فأتلف عضو إنسان يضمن )<sup>(٣)</sup> . ويضمن الصبيان لو كانوا يلعبون بالسهم فأصاب أحدهم عين امرأة كانت تمر في الطريق<sup>(٤)</sup> . وقد نصوا كذلك على أنه لو وضع سكيناً في يد صبي فغمر بها ووقع عليها يضمن<sup>(٥)</sup> . ومن جنسه ما لو وقع سرج الدابة في الطريق على أحد أن حارسها يضمن<sup>(٦)</sup> . ولو أخرج الحديد ( الحديدية من الكبر ، وذلك في حانوته ، فوضعها على العلاء ، وضربها بمطرقة فخرج شرها إلى طريق العامة فأحرقت رجلاً أو قتلت عينه فدينه على عاقلة . ولو أخرجت ثوب إنسان

(٥) السابق : ص ١٧٢ .

(٦) البحر الرق : ٤١١/أ .

(١) جمع الضمانات : ص ١٥٠ .

(٢)

(٣) جمع الضمانات : ص ١٧٠ .

(٤) جمع الضمانات : ص ١٧٢ .

فمنه في ماله . ولو لم يضربها بالطريقة ولكن الرمح أخرجت شررها فأصاب ما أصاب فهو هدر<sup>(١)</sup> . وقال أبو حنيفة ( إذا مشى في الطريق وهو لابس سيفاً أو طيلساناً فسقط منه على إنسان فتلف به أو وقع في الطريق فعمى به إنسان فلا ضمان . ولو كان حاملاً له فحدث شيء من ذلك فهو ضامن . وقال محمد إذا لبس ما لا يلبسه الناس فهو ضامن بمنزلة الجمال ) . ولو وضع كناسة في الطريق فتلف به إنسان ضمن<sup>(٢)</sup> . والاختلاف في اللبس والحمل كما جاء في بدائع الصنائع أن ( في اللبس ضرورة ، إذ الناس يحتاجون إلى لبس هذه الأشياء . والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين . ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن )<sup>(٣)</sup> .

(ج) التعدي بوضع التسبب في الضرر : قياس مذهب أبي حنيفة في إطلاق حرية المالك في ملكه أن من وضع خشبة أو جرة على سطح داره ، ولو في موضع متطرف لا يؤمن سقوطها منه ، لا يضمن ما يتلف بسقوطها إلى ملك الغير أو إلى الشارع العام . لكن مذهب الحنابلة أن من وضع جرة أو خشبة على جداره أو في مكان متطرف من شرفه فسقطت وأتلفت شيئاً أنه يضمن ، لأنه هو الذي تسبب في سقوطها بوضعها على هذا النحو ، فصار كما لو بنى جداراً مائلاً من أول الأمر<sup>(٤)</sup> .

٤٨٢ - والندار في وجوب الضمان في هذه الأمثلة على التعدي ، فمن يلبس سيفه في حماه على النحو المألوف في أيامهم لا يكون متعدياً ، ولو سقط منه لا يكون متعدياً ، لعدم إمكان التحرز ، خلافاً لمن يتخذ مسدسه على هذا النحو في أيامنا فإنه يعد متعدياً بسقوطه لإمكان التحرز . وكذا الحداد يضرب الحديدية الحميمة بمقته فخطير شرارتها ، وتضر بأحد . وكذا انفلات الناس والسهم والنبل والقذيفة من المسدس يعد كله من التعدي ، لإمكان التحرز .

(١) معين الحكماء : ص ٢٠٦ .

(٢) السابق : ص ٢١١ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ .

(٤) للفتى : ٨٣٠/٧ .

ويتضح التعدى فى هذه الأمثلة بالرجوع إلى التفريق بين المباشر والتسبب ، والظاهر من الفعل الضار بالمباشرة هو التعدى ، فلا يكلف المتضرر إثباته لكونه هو الظاهر . توضيحه أنه لو وقع شخص على آخر فأضره لم يكلف المتضرر إثبات أنه غير مدفوع فى هذا السقوط ، ولو ادعاه المدعى عليه وجب عليه هو نفي الضمان عن نفسه . والقاعدة التى جاءت فى المادة ٧٧ من المجلة العدلية أن ( البيئة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل ) . وينسب الاستضرار بالآلات إلى المباشرة غالباً ، لأنها لا تنصرف بنفسها ولا اختيار لما يضاف ما ينشأ عنها إلى المستبعد بها . أما ما يعد من التسبب فيجب إثبات التعدى أو الخطأ لوجوب الضمان . فالتعدى مفترض فى المباشرة وواجب الإثبات فى التسبب .

٤٨٣ - سبب وجوب الضمان فيما ينشأ عن الآلات : تقوم المسؤولية عن الأدوات والآلات عند الفقهاء المسلمين فى تصور الدكتور وهبة الزحلى على الأساس الذى تقوم عليه المسؤولية فى الفقه بوجه عام ، وهو التعدى أو الخطأ . يقول عن هذه المسؤولية : ( أرى أن المحكم فى شأنها فقها هو القواعد العامة فى الضمان ، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد ، كما يسأل التسبب فى إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز فى الإضرار أو الإهمال )<sup>(١)</sup> .

أما مشروع القانون المدنى المصرى طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فقد تضمنت مادته رقم ١٧٩ الأخذ بأساس آخر لإقامة هذه المسؤولية غير أساس التعدى أو الخطأ مفترضاً أو ثابتاً . ونص هذه المادة : ( كل من تولى حراسة شيء يكون مسؤولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير ، سواء أكان هذا الشيء حيواناً أم جماداً ، وسواء أكان عقاراً أم منقولاً ) . وفى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة هجوم على الأساس الذى تقوم عليه المسؤولية عن الآلات والأشياء فى القانون المدنى المعمول به فى مصر حالياً<sup>(٢)</sup> . وما جاء بهذا الخصوص فى هذه المذكرة أن القاعدة

(١) نظرية الضمان : ص ٢٥٨ .

(٢) المواد : ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ .

التي تقررها المادة المقترحة ( قاعدة موضوعية .. وليست قاعدة إثبات . ومن ثم فهي لا تتضمن قرينة قانونية على خطأ الحارس . وما يقال من أنها تشتمل على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس قول ليس له معنى قانوني . فهو ليس إلا تعبيراً غير سليم عن قاعدة موضوعية . ذلك أن فكرة القرينة القاطعة فكرة مشكوك في صحتها . إذ الدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس . فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصلد قاعدة موضوعية حقيقية ) . ويردد هذا النقد القائلون بوجود بناء هذا النوع من المسؤولية على أساس نظرية تحمل التبعة .

أما الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية حسبما جاء في هذه المذكرة فهو مبدأ التضامن الاجتماعي ، ( فهي مسؤولية أساسها الضرر وليس الخطأ . وبذلك توفر حماية للمضرور أكثر من تلك التي توفرها النصوص المقابلة في التقنين العراقي والتقنين الأردني .. وقيام هذه المسؤولية على فكرة التضامن أو التكافل الاجتماعي ، باعتبار أن أساسها الضرر وليس الخطأ ، يجعلها متفقة مع القاعدة الشرعية التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي ) ، وهي قاعدة الغرم بالغرم والغرم بالغرم .

٤٨٤ - ولا اعتراض لي على ابتناء ضمان الأضرار الناشئة عن الآلات من سيارات وطائرات ومساعد على المصلحة وحفظ النفوس والأموال في اجتهد جديد لا ينسب إلى الفقهاء . وقد أسس شرح وابن أبي ليلى ضمان الصانع على المصلحة وعلى قاعدة الغرم بالغرم ، مما قد يؤيد هذا الاجتهاد الجديد ، لكن ما أود أن أذكر به أن أساس المصلحة ليس بديلاً لأساس التعدى في نظام الضمان الفقهي ، وإنما هو مكمل له ، حتى يؤدي هذا النظام وظيفته في ضبط الأداء الاجتماعي عن طريق تحميل الظالم نتيجة ظلمه وإلقاء تكلفة تعديده على عاتقه . وإذا كان لهذا الاعتبار وجه فمن الواجب أن تتفصل تطبيقات نظام الضمان عن مقتضيات التكافل الاجتماعي ، حتى يمكن العمل على محاسبة المخطيء أولاً بإلقاء البضمان عليه ، مع النظر في وسائل رفع الضرر عن المصابين الذين لا يسعفهم نظام الضمان الفقهي . لقد سبق التنبيه إلى سمة ذات فائدة خاصة في هذا النظام ، هي الفصل بين تحميل المسئول عن الفعل وبين الجهة التي تتولى جبر الضرر ؛ فالعاقلة هي التي تتولى أداء الواجب في كثير من الإصابات وهي ليست مسئولة

عنها مطلقاً ، بل المسئول هو المباشر أو المتسبب في الإصابة . وأخلص من هذه الملاحظات العامة إلى ما يلي :

( أ ) يجب العمل على تعيين الخطيء أو المعتدى الذى يرجع إليه السبب في الأضرار الناشئة عن الآلات أو الأدوات الخطرة . وسيتقد أدنى إهمال في التحوط والعناية مثبتاً للخطأ ، حيث أوجب الشارع زيادة الحذر والحيطه بزيادة احتمال الضرر ، طبقاً للمدل عليه حديث أبى موسى الأشعرى .

(ب) يجب إلقاء التعويض على الجانى أو عاقلته طبقاً للأسس الفقهية ، مع وضع نظام العاقلة وضعا يناسب ظروف الحياة الحديثة . وأحسب أن إلقاء هذا العبء على بيت المال فيه إضافة عبء غير قليل على ميزانية الدولة ، إلا إذا أنشئ صندوق خاص يتبع بيت المال ويشترك فيه الناس بدفع رسوم تتحدد وفقاً للمستوى الاقتصادى الخاص بالمشترك وأعماله التى يقوم بها والتعويضات التى تسبب في تحميلها على الصندوق .

(ج) الإصابات التى لا يجرى تعويضها في إطار نظام الضمان لوقوعها بخطأ من أصحابها ، أو لعدم معرفة المتسبب فيها ، كما في أحوال اختفاء أصحاب السيارات المتسببة في الحادث ، يجرى تعويض أصحابها على أساس آخر غير أساس التعدى أو الخطأ ، سواء بالرجوع إلى مبدأ التكافل الاجتماعى أو نظام التأمين التعاونى .

(د) يجوز لولى الأمر فيما يظهر لى إلقاء الضمان عما يعرض للعمال من إصابات أثناء عملهم ، بخطئهم هم أو بخطأ زملائهم أو عند عدم العلم بالسبب ، على أرباب الأعمال ، وذلك بحث العمال وأرباب العمل على اشتراط الضمان في عقد العمل ، أو بإنشاء صندوق خاص لهذا الأمر تفرض نفقته على أصحاب المشروعات ، حسب أعداد العمال وخطورة العمل الذى يقومون به . ومستندة قاعدة تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة . وهذه القاعدة كما لا يخفى من الأصول الشرعية العامة المأخوذة من نصوص الشريعة بطريق القطع .



## المراجع

### (أ) باللغة العربية

- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، تحقيق الأستاذ علي البيجاولي ، طبعة الحلبي ١٩٦٧ .
- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ، سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد آمدي ، دار الكتب العلمية بلبنان ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ - ١٩٨٥ .
- أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور طلبة وهبة عوطاب ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي .
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، لزين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم ، تعليق عبد العزيز محمد الوكيل ، نشر مؤسسة الحلبي ١٣٨٧ م - ١٩٦٨ م .
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، طبعة دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ - ١٩٧٩ م .
- الأصل أو المبسوط لمحمد بن الحسن الشيباني ، نشر أبي الوفا الأصفهاني في خمسة أجزاء ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي .
- إعلاء السنن للعلامة ظفر أحمد العثماني ، نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي .
- أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة .
- الأم للإمام الشافعي ، طبعة الشعب المصورة .
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام الميجل أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي ت ٨٨٥ ، تصحيح محمد جامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية ١٤٠٠ - ١٩٨٠ م .

- أنوار البروق في أنواء الفروق لشهاب الدين أبي العباس الصنهاجي  
المشهور بالقرافي ، طبعة دار المعرفة ، مصورة عن طبعة عيسى البابي الحلبي  
١٩٤٦ ، وبهامشه تذييب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ  
محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية .  
- البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، لابن نجيم ، طبعة دار المعرفة  
بيروت .

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود  
الكاساني ، الطبعة الأولى ١٣٢٨ - ١٩١٠ .  
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن  
رشد ، نشر المكتبة العلمية بـلاهور .

- بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصغير  
لأبي البركات أحمد الدردير ، طبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة .  
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام لابن فرحون ، برهان الدين  
إبراهيم بن علي بن القاسم ، مطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ عlish  
طبعة الحلبي ١٣٧٨ هـ .

- تبير الحقائق ، شرح كنز الدقائق للزيلعي ، طبعة بولاق ١٣١٥ ،  
وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلي .  
- تحرير الوسيلة للخميني الموسوي ، مؤسسة مطبوعات دار العلم  
بقم ، إيران ، بدون تاريخ .

- تحرير الفروع على الأصول للزنجاني ، محمود بن أحمد ، تحقيق الدكتور  
أديب صالح مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .  
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي للمرحوم عبد القادر  
عوادة ، بيروت ، مصورة عن الطبعة الأولى .

- تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والإثارة للدكتور  
المكاشفي طه الكباشي الزهراء للإعلام العربي ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .  
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامي  
حمود ، الطبعة الأولى ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ١٣٩٦ - ١٩٧٦ .

- التصنف في استعمال الحق : معياره وطبيعته في الفقه والقضاء وفقا  
لأحكام القانون المدني المصري ، للدكتور محمد شوق السيد ، نشر الهيئة المصرية  
العامة للكتاب ، ١٩٧٩ .

- تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا ،  
دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، بدون تاريخ .

- التلخيص الحبير في فروع أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر  
العسقلاني ، المكتبة الأثرية ، باكستان .

- تهذيب الأسماء واللغات للنووي ، دار الكتب العلمية بيروت مصورة  
عن طبعة المطبعة المنيرية .

- التوضيح شرح التنقيح لمعيد الله بن مسعود ، ومعه التلويح لسعد الدين  
الفتازاني ، ومعه شرح الشرح ، طبعة نور محمد بكراتشي سنة ١٤٠٠ هـ .

- تيسير التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية  
لأمير بادشاه ، محمد أمين ، ومؤلف كتاب التحرير هو ابن الهمام . طبعة مصطفى  
البابى الحلبي وأولاده بمصر ١٣٥١ هـ .

- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامى للمرحوم محمد أبى زهرة ، طبع دار  
الفكر العربى ، بدون تاريخ .

- جامع الفصولين للإمام محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سبابة ،  
الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ .

- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، أبى عبد الله بن أحمد الأنصارى ، دار  
الكاتب العربى للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ١٣٨٧ - ١٩٦٧ عن طبعة دار  
الكتب المصرية .

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، طبع دار إحياء الكتب العربية  
لعيسى البابى الحلبي ، بدون تاريخ .

- حاشية الجمل على شرح المنهج ، للشيخ سليمان الجمل ، وشرح المنهج  
لشيخ الإسلام زكريا الأنصارى ، دار إحياء التراث العربى ، بدون تاريخ .

- حاشية الحرشى ، على بن أحمد بن مكرم العدوى ، طبعة البابى الحلبي ،  
وبهامشه حاشية الشيخ على العدوى المالكي على هامش حاشية الحرشى .

- الخراج لأبي يوسف ، يعقوب بن ابراهيم ، المطبعة السلفية بالقاهرة ،  
الطبعة الثالثة ١٣٨٢ هـ .
- رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ، محمد  
أمين بن عمر ، طبعة الحلبي ١٣٨٦ ، وطبعة استنبول .
- الروض المربع ، شرح زاد المستقنع للبهوتي ، منصور بن يونس ، مطبعة  
السنة المحمدية .
- زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية ، مؤسسة الرسالة ،  
بيروت ، الطبعة الرابعة عشرة ١٤٠٧ - ١٩٨٦ .
- السببية في القانون الجنائي ، دراسة تحليلية مقارنة ، للدكتور رؤوف  
عبيد ، الطبعة الثالثة ١٩٧٤ ، دار الفكر العربي .
- شرائع الإسلام للحل ، جعفر بن الحسن بن أبي بكر الهذلي ، مطبعة  
الآداب في النجف الأشرف ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م .
- شرح المجلة لسليم رستم باز ، الطبعة الثالثة ، تركيا ١٣٠٥ .
- الضمان في الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ علي الخفيف ، نشر معهد  
البحوث والدراسات العربية .
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، مكتبة السنة  
المحمدية بالقاهرة ، ١٣٧٢ هـ .
- علاقة السببية في المسؤولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ، دار  
النهضة العربية ، بنون تاريخ .
- غمز عيون البصائر لأحمد بن محمد الحموي ، نشر إدارة القرآن  
والعلوم الإسلامية بكراتشي بنون تاريخ .
- الفتاوى الغياثة للشيخ داود بن يوسف الخطيب الحنفي ، وبهامشه  
فتاوى ابن نجيم ، دار الطباعة المنيرة ببغداد ١٣٢٢ هـ .
- فتح القدير ، شرح الهداية لابن المعلم ، كمال الدين محمد بن عبد  
الواحد الحنفي ت ٦٨١ مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار  
لقاضي زادة ، مع الكفاية على الهداية لجلال الدين الخوارزمي ، ومعه أيضا شرح

العناية على الهداية للهابرقى ، أكمل الدين محمد بن محمود ، وحاشية سعدى جلى .

- الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد للزرقا ، مصطفى أحمد ، دار الفكر بيروت ١٣٨٤ .

- الفقه الإسلامى المقارن للدكتور فضى الدربى ، نشر جامعة دمشق ، كلية الشريعة والقانون بدون تاريخ .

- الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ، محمد بن الحسن الحجوى التمالى القاسى ، طبعة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة ١٣٩٧ - ١٩٧٧ .

- فلسفة العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور فكرى أحمد عكاز ، عكاز للنشر والتوزيع ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

- القانون فى أمريكا ، برنارد شفايرتز ، ترجمة ياقوت المشمولى ، نشر دار المعارف بمصر ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ .

- القواعد فى الفقه الإسلامية لأبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الأولى ١٣٩١ - ١٩٧١ .

- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقى ، الطبعة الأولى بباكستان ١٩٨٢ ، نشر إدارة ترجمان السنة بلاهوز .

- القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام .

- القواعد الفقهية ، موزا حسن الموسوى البجنورى ، مطبعة الخيام ، قم ١٤٠٢ هـ .

- القوانين المدنية والجناية لعبد من البلاد العربية .

- كشاف القناع عن متن الإقناع للبيوقى ، نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض فى ستة مجلدات .

- لسان الحكماء فى معرفة الأحكام لابن الشحنة ، أبى الوليد محمد بن أبى الفضل ، مصطفى الباقى الحلبى ، الطبعة الثانية ١٣٩٣ - ١٩٧٣ ، وهو فى مجلد

واحد مع معين الحكماء فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، على بن خليل الطرابلسى الحنفى .

- المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مقلح ، نشر

- المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ١٣٩٩ - ١٩٧٩ .
- الميسوط للرخسى ، دار المعرفة ببيروت ، ومعه فهارسه بإعداد الشيخ خليل الميس .
- مجلة الأحكام العدلية .
- مجلة الأحكام الشرعية ، لأحمد بن عبد الله القارى ، نشر تهامة بالملكية العربية السعودية ، ١٤٠١ - ١٩٨١ .
- مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان ، لأبى محمد بن غانم البقداوى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر ١٣٠٨ هـ .
- المحل لابن حزم ، الطبعة الأولى ١٣٥١ هـ .
- المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه والإسلامى المقارن للدكتور سيد أمين .
- المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدنى الجديد ، حسن عكوش ، طبعة دار الفكر الحديث ١٩٧٠ .
- المسئولية المدنية للأستاذين حسين عامر وعبد الرحيم عامر .
- المسئولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السورى والفرنسى والمصرى لعبد السلام التونجى ، سوريا ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٦ م .
- مرشد الحيزان في معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدرى باشا ، طبعة ١٣٠٤ .
- المسند لأحمد بن حنبل الشيبانى ، ببيروت المكتب الإسلامى ، الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ .
- المصنف لأبى أبى شيبه ، أبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبه ، تصحيح مختار أحمد النلوى ونشر لإدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشى ١٤٠٦ - ١٩٨٦ .
- مصادر الحق في الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، نشر معهد الدراسات العربية .
- المعتمد في أصول الفقه لأبى الحسين البصرى ، بتقديم الشيخ خليل الميس ، دار الكتب العلمية ببلنات ، الطبعة الأولى ١٣٩٨ - ١٩٧٨ .

- المغني لابن قدامة ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد بن قدامة ،  
ومعه الشرح الكبير لأبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن قدامة المقدسي ، طبعة  
دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٣ - ١٩٨٣ .
- مغني المحتاج للخطيب ، محمد بن أحمد الشربيني ، طبعة مصطفى البابي  
الحلي ١٣٧٧ .
- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي ،  
مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه  
للشيخ سيد عبد الله علي حسين . الطبعة الأولى ١٣٦٨ - ١٩٤٩ .
- المذهب في فقه مذهب الإمام الشافعي للشرازي ، عيسى البابي الحلبي  
بلون تاريخ .
- نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي التريتي : مؤسسة  
الرسالة ، الطبعة الثانية ١٣٩٧ - ١٩٧٧ .
- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي  
للدكتور وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي  
للمرعي ، نشر المكتب الإسلامي ، ومعه حاشيتا الشيرازي والمغربي الشامي .
- نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار للشوكاني ، طبعة دار الجيل ،  
بيروت ١٩٧٣ .

#### (ب) باللغة الإنجليزية

- A History of English law; Holdsworth, Sweet and Maxwell 1977 .
- Foundations of the Law of Torts, Glanville Williams B. A. Hepple,  
Butterworths, 2nd edition .
- Jurisprudence by Salmond, London, Sweet & Maxwell, 1966 .
- Remedies of English Law, F. H. Lawson, Butter worths, 2nd edition .
- Tort, Hepple and Mathews, Butter worth, Third edition .
- Tort Law, Dias and Markesinis, Clarendon perss, Oxford, 1984 .
- Tort Law, Cases and Economic Analysis, Richard A. Posner, Lihle Brown  
and Company 1982 .

## موضوعات الدراسة

### التمهيد : تتبع تاريخي

في القانون الروماني - في القانون العرفي - التعدي غير المباشر - النتائج المستفادة - التجهيزات الحديثة في قوانين المسؤولية التقصيرية - تقنيات حديثة لأحكام الشريعة الإسلامية في الضمان .

## الفصل الأول : مفهوم الضمان

### المبحث الأول : تعريف الضمان :

مفهوم الضمان اللغوي ٥٧ - المفهوم الاصطلاحي ٥٩ - المسؤولية المدنية والضمان ٦٥ .

### المبحث الثاني : نوعا الضمان :

المطلب الأول : مفهوم ضمان العقد ٧٦ - حكم ضمان العقد ٧٧ - رأي السنهوري ٧٨ .  
المطلب الثاني : مفهوم ضمان العنوان ٨٦ . المطلب الثالث : بين ضمانتي العقد والعنوان . ٩٥ .

### المبحث الثالث : مشروعية ضمان العنوان وأساسه العامة :

تقديم ١٠١ - الفرع الأول : أدلة مشروعية ضمان العنوان ١٠١ - نفى الضرر ١٠٤ .  
الفرع الثاني : مقاصد ضمان العنوان ١٠٨ . الفرع الثالث : المبادئ الشرعية العامة لضمان العنوان ١١٥ - عموم المسؤولية ١١٥ - عموم الضرر المضمون ١١٨ - التكافل الاجتماعي في تحمل الضرر ١٢٠ - عبء الإثبات ١٢١ - واجب العناية ١٢٤ - إجمال ١٢٩ .

## الفصل الثاني : أركان الضمان

تقديم ١٣٠ .

### المبحث الأول : الخطأ :

تقسيم ١٣١ - التعمد والقصد ١٣٥ - الإدراك والتمييز ١٣٨ - توقع الضرر ١٤٢ - مخالفة الإذن ١٤٤ - مجاوزة المعتاد ١٤٦ - رفع الخطأ والسيان ١٤٨ - أنواع الخطأ ١٥٠ .

### المبحث الثاني : الضرر ١٥٦ .

مفهوم ١٥٥ - حكمه ١٥٨ - الفرع الأول : الأضرار المالية ١٦٠ . المطلب الأول :  
المنقولات ١٦٥ . المطلب الثاني : العقارات ١٦٦ . المطلب الثالث : المنافع ١٧٣ - مذهب  
الأحناف في ضمان المنافع ١٧٥ - استثناءات متأخرى الأحناف ١٨٠ - مذهب المالكية في  
ضمان المنافع ١٨٢ - مذهب الشافعية في ضمان المنافع ١٨٤ - مذهب الحنابلة ١٨٨ -  
مذهب الإمامية ١٩١ - تطبيقات حديثة في ضمان المنافع ١٩٢ . المطلب الرابع : الأضرار  
المالية الأخرى ١٩٤ - زوائد الأموال ١٩٤ - ضمان النقصان ١٩٦ - النقصان بفوات  
الجزء أو الصفة ١٩٧ . الفرع الثاني : الأضرار البدنية ٢٠١ .

### المبحث الثالث : علاقة السببية ١٤٢

مفهوم السبب ٢٠٦ - المفهوم الفلسفي للسبب ٢٠٧ - السبب عند الأصوليين ٢١٣ -  
الضوابط العامة لمفهوم السببية في الاصطلاح الفقهي ٢١٧ - مذهب الأحناف في السببية  
٢٢٠ - السبب المعنوي للضرر ٢٢٥ - الضمان بالسعاية ٢٢٦ - الترك ٢٢٦ - الصدمة  
العصية ٢٢٧ - الإهمال المشترك ٢٢٧ - مفهوم السببية عند المالكية ٢٢٩ - المباشرة  
والتسبب ٢٣٤ - مفهوم السببية عند الشافعية والحنابلة ٢٣٥ - نظرية السببية المباشرة  
٢٤١ - نظرية تعادل الأسباب ٢٤١ - نظرية السبب المنتج ٢٤٢ - نظرية السبب الملام أو  
ألتاسب ٢٤٣ - السبب القريب والبعيد في القانون الإنجليزي ٢٤٤ - المقارنة ٢٤٨ - ما  
لا يمكن الاحتراز عنه ٢٤٩ - الإهمال المشترك ٢٥٠ .

## القسم الثاني : موجبات الضمان

تقديم ٢٥٥ - موجبات الضمان في القانون الإنجليزي ٢٥٦ .

## الفصل الأول : الغصب

### المبحث الأول : مفهوم الغصب :

في اللغة ٢٥٩ - في الاصطلاح الفقهي : تعريف الأحناف ٢٦٠ - تعريف الشافعية ٢٦٢ - تعريفات أخرى ٢٦٣ - مفهوم الاستيلاء ٢٦٥ - التعدي في الاستيلاء ٢٧٠ - محل العدوان وطبيعته ٢٧١ - الحكم الشرعي للغصب ٢٧٥ - الغصب والإتلاف والإيلاء : موازنة ٢٧٨ - المنصوب ٢٨٠ - الغاصب ذو الشبهة ٢٨١ .

### المبحث الثاني : مفهوم الغصب في القانون الانجليزي :

تقديم ٢٨٦ - الواجب بالغصب ورد المنصوب في هذا القانون ٢٨٨ - دفع مسئولية الغاصب ٢٩٢ - وجوب القيمة ٢٩٣ - أوجه الاتفاق والاختلاف ٢٩٤ .

### المبحث الثالث : الأحكام العامة للغصب :

تقديم ٢٩٦ - المطلب الأول : الأيدي المتعاقبة على المنصوب من حيث : استقرار الضمان ٢٩٦ - واختلاف الواجب ٣٠٢ . المطلب الثاني : ملكية المنصوب من حيث : سمات ملكية الغاصب للمنصوب ٣٠٤ - مذهب المالكية ٣٠٧ - اتجاه آخر ٣٠٨ - موازنة ٣١٠ - المطلب الثالث : نفي الضمان في الاستيلاء على مال الغير في أحوال الاستيلاء بالإذن ٣١١ - انتهاء الفائلة في إيجاب الضمان ٣١٢ .

## الفصل الثاني : الإتلاف

### المبحث الأول : مفهوم الإتلاف :

معنى الإتلاف ٣١٤ - بين الإتلاف والغصب ٣١٧ - التعدي ٣١٧ - القصد والإهمال ٣١٩ - شروط الإتلاف الموجب للضمان ٣٢١ - بين المباشرة والسبب ٣٢٥ .

### المبحث الثاني : بعض أشكال السبب :

تقديم ٣٢٩ . المطلب الأول : الإهمال والتقصير ٣٣٠ . المطلب الثاني : الغرور ٣٣٧ - في القانون الانجليزي ٣٤٣ . المطلب الثالث : الحيلولة ٣٤٥ - المطلب الرابع : الضمان بالدعوى الكيدية أو السعاية ٣٥١ . المطلب الخامس : شهادة الزور ٣٣٥ . المطلب السادس : الدلالة ٣٦١ . المطلب السابع : الأمر ٣٦٤ .

المطلب الثامن : الإكراه ٣٧٢ - حكم الإكراه ٣٧٥ إقرارات المكره ٣٧٥ - عقود المكره ٣٧٦ - الإكراه في الأفعال ٣٧٨ - المطلب التاسع : الصلابة المعصية ٣٨٢.

## الفصل الثالث : التعسف في استعمال الحقوق

### المطلب الأول : مفهوم التعسف :

الحق والتعسف ٣٨٨ - لغة تاريخية عن التعسف ٣٩٠ - في الشريعة الإسلامية ٣٩١ - قضية المصطلح ٣٩٣ - الأسس العامة للتعسف في الشريعة ٣٩٦ - معيار التعسف وضابطه ٣٩٧.

### المبحث الثاني : التعسف في الملك :

مذهب الأحناف ٤٠١ - مذهب الظاهرية والشافعية ٤٠٥ - مذهب المالكية والشافعية ٤٠٧.

### المبحث الثالث : الأضرار المضمونة في التعسف :

الأضرار المضمونة في التعسف ٤١٠ - الإثلاف والإضعاف ٤١٠ - الإضرار بالصحة ٤١٠ - الرابحة الكرمية ٤١٠ - الانتفاع بالأموال ٤١٢ - الضوضاء ٤١٤ .

### المبحث الرابع : الأضرار العامة :

تقديم ٤١٨ - شروط الضمان بالتعدي في الطريق العام ٤١٩ - مقارنة ٤٢٢ - التلوث وحماية البيئة ٤٢٣ .

## القسم الثالث : الواجب بالضمان وتطبيقاته .

تقديم : ٤٢٩ .

## الفصل الأول : جواير الأضرار البدنية والمالية

### المبحث الأول : مفهوم التعويض :

أنواع الجواير ٤٣٠ - التقدير ٤٣٠ - مفهوم جبر الضرر ٤٣٣ - الجبر الكامل ٤٣٣ - الأسس العامة للتعويضات ٤٣٥ - المثلية ٤٣٦ .

## المبحث الثاني : أنواع الجوابر :

المبدائل والاحتلالات ٤٣٨ - الجوابر المقدرة ٤٣٨ - النظر إلى الكسب الضائع في حساب قيمة التعويض ٤٣٩ - معايير تقدير التعويض في الشريعة ٤٤١ .

## المبحث الثالث : الدية :

أصناف الدية ٤٤٤ - الزيادة على الدية ٤٤٧ - التغليب في أصناف الدية ٤٤٨ - تعدد الواجب من الديات ٤٥١ - حكم الزيادة على الدية ٤٥١ - مويدات جواز الزيادة ٤٥٣ .

## المبحث الرابع : الأروش :

أنواع الاحتناء على ما دون النفس ٤٥٦ - القصاص ٤٥٨ - الأروش ٤٦٠ - انتظار البرء ٤٦٠ - الأروش المقدرة ٤٦٣ - الأروش غير المقدرة ٤٦٤ - غرة الجنين ٤٦٨ - دية المرأة ٤٧٠ - في العصر الحديث ٤٧٤ - دية غير المسلمين ٤٧٦ .

## المبحث الخامس : العاقلة :

مفهوم العاقلة ٤٧٩ - كيفية الأداء ٤٨٣ - العاقلة في السياق الحديث ٤٨٦ - تحميل الدية على بيت المال ٤٨٩ - الأضرار المالية المتعلقة بالإصابة ٤٩٢ .

## المبحث السادس : إيذاء المسلم في صحته :

حكم الإيذاء في السمعة ٤٩٥ - القذف والسب والشتم ٤٩٦ - التمييز بالسب ٤٩٨ - صور مختلفة للسب ٥٠٠ - أركان السب الموجب للتمييز ٥٠٠ - تقدير الواجب المالي ٥٠٣ - الدفع ٥٠٤ .

## الفصل الثاني : جواير الأضرار المالية والخاصة

### المبحث الأول : رد الأعيان

تقديم ٥٠٩ - المثلية في القانون الإنجليزي ٥١٠ - وجوب الرد ٥١١ - موانع وجوب الرد ٥١٤ - مؤنة الرد ٥١٥ - مؤن الصب والتقاضى ٥١٥ - النفقة على المغصوب ٥١٧ - ما يتحقق به الرد ٥١٨ - الرد في القانون الإنجليزي ٥١٩ - الظفر بالحق ٥٢١ .

### المبحث الثاني : ضمان المثل أو القيمة

وجوب الضمان ٥٢٨ - اختلاف العلماء في وجوب المثل ٥٢٩ - رد المثل في القانون العرفي الإنجليزي ٥٣٣ - وجوب القيمة وتقديرها في المثل المنقطع ٥٣٤ - تقدير القيمة في

القيمت ٥٣٦ - قيمة المنافع ٥٣٧ - أرش النقصان ٥٣٨ - تقدير القيمة في القانون الانجليزي وما تشمله ٥٣٩ .

### المبحث الثالث : الجواهر الخاصة :

تقديم ٥٤٢ - المنع عن الفعل في الفقه الإسلامي ٤٤٥ - النهي عن الفعل في القانون الانجليزي ٥٤٩ - الأمر بإداء أفعال معينة ٥٥٠ - الأمر بالفعل في القانون الانجليزي ٥٥٤ - الحكم الإرشادي في القانون الانجليزي ٥٥٥ - الأحكام الإرشادية في الفقه الإسلامي ٥٥٦ .

## الفصل الثالث : بعض التطبيقات العملية للضمان

### المبحث الأول : المسؤولية عن فعل الغير :

مفهوم هذه المسؤولية ٥٦٠ - حكم هذه المسؤولية في النظر الفقهي الحديث ٥٦١ - الرأي الآخر ٥٦٣ - ملاحظات عامة ٥٦٤ - مسؤولية الخدم عن خادمه ٥٦٦ - مسؤولية الأمر عن المأمور ٥٦٨ - مسؤولية الدولة عن عمالها ٥٧١ - المسؤولية عن عمل الوكيل والرسول ٥٧٢ - المسؤولية عن فعل الصبي والمجنون ٥٧٣ - تعقيب ٥٧٥ .

### المبحث الثاني : مسؤولية الطبيب :

أساس هذه المسؤولية وسببها ٥٧٧ - نوع خطأ الطبيب ٥٧٩ - أنواع الخطأ ٥٨١ - الملحقون بالأطباء ٥٨٤ - الخطأ العلمي ٥٨٤ .

### المبحث الثالث : المسؤولية عن الحيوانات :

تقديم ٥٨٧ - جناية العجماء ٥٨٨ - آراء الفقهاء ٥٨٩ - شروط المسؤولية عن الحيوانات ٥٩٢ - الحارس المشلول ٥٩٤ - دفع الضمان بعدم التعدي ٥٩٧ - في القانون الانجليزي ٥٩٨ .

### المبحث الرابع : المسؤولية عن الأشياء غير الحية :

تقديم ٦٠٣ . أولا : المسؤولية عن المباني والحوادث ٦٠٤ - آراء الفقهاء ٦٠٤ - التقدم واشترائه - في الضمان ٦٠٦ - شروط تحقيق المسؤولية عن البناء ٦٠٩ - المشلول عن البناء ٦١٠ - الضمان بنصب الجناح والميزاب ٦١١ - مفهوم الخطأ في ضمان المباني ٦١٢ - في القانون الانجليزي ٦١٣ . ثانيا : المسؤولية عن سقوط الأشياء من المباني وعن الآلات : ضمان ما يلقى أو يسقط من المباني ٦١٦ - المسؤولية عن الآلات في الفقه الإسلامي ٦١٧ - سبب وجوب الضمان فيما ينشأ عن الآلات ٦٢١ .

محمد بسك، للطباعة بالكمبيوتر  
١٨٥ ش ترعة الجيل حدائق اللبة القاهرة



